



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA

FACOLTA' DI ECONOMIA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN CONSULENZA
PROFESSIONALE ALLE AZIENDE**

Dipartimento di Economia Aziendale "E. Giannessi"

TESI DI LAUREA

**LA RESIDENZA FISCALE DELLE SOCIETA' OPERANTI
NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE:
PROBLEMATICHE GIURIDICHE E ASPETTI APPLICATIVI.**

Candidato:

Lorenzo Gioli

Relatore:

Prof. Nicolò Zanotti

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

.....

Sentiti ringraziamenti al Professore Nicolò Zanotti

INDICE

PREMESSA.....	5
CAPITOLO I: Territorialità e Residenza	7
1.1) Il Principio di Territorialità	7
1.2) Territorialità in ambito Tributario.	8
1.3) Il principio di Territorialità e la Costituzione Italiana Art. 53.	10
1.4) Residenza in ambito Tributario.	12
1.5) Residenza Fiscale delle persone giuridiche e i requisiti che la determinano.	16
1.5.1) La Sede Legale nel territorio dello Stato.....	17
1.5.2) La Sede dell'Amministrazione nel territorio dello Stato.....	18
1.5.3) L'Oggetto Principale nel territorio dello Stato e il requisito temporale.	21
1.6) Residenza nei gruppi di società	24
CAPITOLO II: Convenzioni per evitare la Doppia Imposizione.....	32
2.1) Introduzione.....	32
2.2) Art. 1 OCSE Presupposto di Residenza.	32
2.3) Nozione di residenza in uno Stato contraente.	35
2.3.1) "Assoggettamento ad imposta".....	35
2.3.2) Motivo del suo domicilio, residenza, sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga.	36
2.4) Art. 4 OCSE Regole per dirimere i conflitti di residenza tra stati contraenti.	39
2.5) <i>Place of Effective Management</i>	42
2.5.1) La Nozione di "sede effettiva di gestione" nel commentario al modello OCSE.	42
2.5.2) Gli stati OCSE e le deviazioni dalla Tie-Breaker Rule del Modello OCSE.....	76
2.5.3) Il consiglio di Amministrazione delle società e il " <i>Place of effective Management</i> ": un approccio antielusivo.	77
CAPITOLO III: Doppia Residenza come strumento di Pianificazione Fiscale	86
3.1) Le Situazioni Triangolari e il problema della doppia residenza.	86
3.2) Il <i>Tax Planning</i> attraverso lo strumento della doppia residenza.	87
3.3) Le problematiche connesse alla doppia residenza delle società in situazioni triangolari e le varie ipotesi di soluzione	89
CAPITOLO IV: Le convenzioni stipulate dall'Italia.....	117
4.1) Analisi delle convenzioni concluse dall'Italia.	117
4.2) Soluzioni a casi specifici.	124
CAPITOLO V: Conclusioni.....	133
BIBLIOGRAFIA	141

PREMESSA

La presente tesi ha ad oggetto le problematiche inerenti alla residenza ai fini fiscali delle società dotate di personalità giuridica sia ai fini del diritto interno sia nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Esulano dalla presente analisi le nozioni di residenza (ovvero criteri di natura analoga) propri di imposte diverse da quelle sui redditi (imposta sul valore aggiunto, imposta di registro, imposta sostitutiva sulle operazioni di finanziamento, ecc.).

Nel Capitolo I viene brevemente affrontato il tema del principio di territorialità e la sua applicazione nell'ambito del diritto tributario. Nel corso dei decenni l'evoluzione e l'applicazione di tale principio alla materia tributaria in particolare al settore delle imposte sui redditi ha condotto alla definizione del concetto di residenza quale necessario ed indefettibile elemento di connessione (reale o presunta in relazione alle singole norme) di una persona (fisica o giuridica) con il territorio dello Stato e quindi con il suo obbligo di concorso al finanziamento delle spese pubbliche. Il concetto di residenza, infatti, è ormai universalmente assunto al rango di elemento costitutivo dell'obbligazione tributaria personale sebbene, a ben vedere, non configuri un presupposto di imposta quanto e più precisamente, un elemento del presupposto. Si è inoltre effettuata una breve premessa in merito al ruolo ed alle funzioni del criterio della residenza all'interno del sistema tributario italiano, ed in seguito, si sono esaminati in dettaglio i presupposti che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, determinano la residenza delle persone giuridiche ai fini delle imposte sui redditi. Infine si è analizzata brevemente la problematica scaturente dal particolare caso della residenza nei gruppi di società.

Nel Capitolo successivo si è esaminato, il ruolo della residenza all'interno delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia.

Da un lato, infatti, la residenza è presupposto per l'accesso alla protezione della convenzione per evitare le doppie imposizioni (art. 1 del Modello OCSE).

Un soggetto è considerato “residente” ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni e in quanto tale legittimato a beneficiare dei diritti rivenienti dalla stessa, se è assoggettato ad imposta a motivo dei criteri del domicilio, della residenza, della sede di direzione o di altro criterio di natura analoga.

Dall’altro lato, il contestuale riconoscimento dell’esistenza dei presupposti per l’attribuzione della residenza in capo ad una società e quindi per la tassazione del reddito mondiale da essa prodotto da parte di più ordinamenti, si risolve frequentemente in una doppia imposizione (giuridica) a danno della stessa.

Tale doppia imposizione è risolta, nella maggior parte delle convenzioni che si ispirano al Modello OCSE, mediante il ricorso al criterio della sede di direzione effettiva (*place of effective management*). Si è quindi andati ad esaminare il significato e, seppur brevemente, le origini storiche di questo criteri. Si è cercato, in particolare, di esaminare il ruolo e le sue prospettive future a fronte all’evoluzione tecnologica e in chiave antielusiva.

Il Capitolo III è dedicato all’esame delle conseguenze del funzionamento della *tie- breaker rule* fondata sul criterio della sede di direzione effettiva in relazione alle situazioni c.d. triangolari, laddove una società è considerata essere residente da due Stati diversi.

Il Capitolo VII è dedicato, oltre che, all’esame delle convenzioni concluse dall’Italia per identificare particolari devianze rispetto al Modello OCSE, alla disamina delle problematiche relative dell’accesso ai trattati da parte delle società che hanno optato per due degli istituti caratterizzanti della Riforma fiscale IRES: il consolidato fiscale nazionale e la trasparenza fiscale.

Infine, l’ultimo Capitolo è dedicato alle conclusioni al presente lavoro.

CAPITOLO I:

Territorialità e Residenza

1.1) Il Principio di Territorialità.

Il principio di Territorialità è strettamente connesso al concetto di Stato Moderno di cui costituisce elemento fondativo ed al tempo stesso un suo limite.

In prima battuta esso può essere definito come “un’obbligazione naturale che determina la soggezione degli individui alla potestà statale in relazione all’effettivo soggiorno dei primi nel territorio su cui lo Stato esercita la propria sovranità”¹.

In termini assoluti, il principio di territorialità prevede che nel territorio di uno Stato trovi applicazione solo la legge del suddetto Stato e vincoli tutti coloro che vi si trovino; l’eventuale applicazione delle leggi di altri stati all’interno del proprio territorio, origina da autonome concessioni effettuate da tale Stato o da concessioni conseguenti ad accordi con altri stati.

Questa visione assoluta del principio ha subito forti limitazioni in seguito all’introduzione, *in primis*, del principio della personalità della legge e dall’astrazione della norma giuridica rispetto alla dimensione territoriale dello Stato, *in secundis*.

Infatti la norma deve considerarsi obbligatoria in tutti i luoghi ed a tutte le circostanze da essa disciplinate; di conseguenza, poiché le leggi sono rivolte ai cittadini, le stesse si applicano ovunque gli stessi si trovino.

Sebbene gli stessi sostenitori² di questa teoria abbiano fatto seguire una serie di eccezioni a tale principio, lo stesso ha comunque il merito di aver rotto il severo dogma della territorialità nella sua più rigida accezione, come sopra riportata, ed ha determinato un’apertura ai sistemi giuridici stranieri, con la conseguenza che

¹ BAGGIO, ROBERTO, *il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, pag. 2.

² VITTA, EDOARDO, *Personalità e territorialità della legge (diritto internazionale privato)* in Nov.mo dig. It., XII, Torino, 1965.

il sistema giuridico di uno Stato moderno ha, da una parte una propria dimensione extra-territoriale con riferimento a fatti e circostanze accaduti fuori dal suo territorio e dall'altra, è ora permeabile a disposizioni di sistemi giuridici stranieri. Esempi di questa apertura si hanno nell'applicazione di leggi penali per reati commessi dai propri cittadini all'estero e, relativamente alla permeabilità, in ambito civilistico si accetta l'applicazione di norme straniere.

Bisogna però precisare che, una cosa è la capacità di una disposizione normativa di disciplinare fattispecie (anche) estranee al territorio dello Stato, tutt'altra, è invece la capacità di tale Stato di far applicare tali disposizioni all'estero dei propri confini. Quest'ultimo fattispecie è impedita, fatti salvi eventuali accordi internazionali che, anche in ambito tributario, sono sempre più frequenti, soprattutto in materia di riscossione delle imposte.

1.2) Territorialità in ambito Tributario.

In ambito tributario relativamente al principio di territorialità si è soliti separare l'ambito "interno" da quello "esterno".

Nell'ambito "interno" si ritiene che la legge tributaria di uno Stato operi nell'ambito del suo territorio e che nessuna legge fiscale di altri Stati possa operare nel territorio dello Stato, fatto salvo il riconoscimento da parte di quest'ultimo della loro applicabilità³.

Nell'ambito "esterno", per noi di maggiore interesse nel presente studio, troviamo dei limiti interni ed internazionali dello Stato; che da un lato sono determinati ai fini dell'identificazione dei presupposti soggettivi ed oggettivi delle varie forme di imposizione (Principio di territorialità in senso materiale) e, dall'altro, impediscono la concreta ed attuale implementazione delle norme tributarie in stati diversi (Principio della territorialità in senso formale).

Queste limitazioni nascono dall'appartenenza dello Stato alla comunità internazionale nel cui contesto esso si pone ed interagisce con una posizione di

³ SACCHETTO, CLAUDIO, Territorialità (dir. Trib), in Enc. Dir. XLIV. Milano, 1992; LUPI, RAFFAELLO, *Territorialità del tributo*, in Enc. Giur. Treccani, XXXI, Roma, 1994.

parità con gli altri stati. Quindi questa appartenenza che caratterizza lo Stato influisce in modo rilevante sulla questione in analisi.

È proprio da questa sinergia che si vanno a generare sia principi generali, conseguenza ed espressione della sedimentazione nel corso dei secoli di comportamenti consuetudinari, sia norme pattizie, espressione di accordi sottoscritti tra due o più stati; vincolanti, i primi per tutti gli stati, le seconde per chi li sottoscrive.

Bisogna però sottolineare la posizione di rilievo del principio di diritto internazionale in forza del quale uno Stato non può chiedere ad uno straniero, inteso come non suo cittadino, una prestazione patrimoniale, se non con riferimento a comportamenti e/o beni che presentano un sufficiente nesso di collegamento con il proprio territorio. È quindi impedita qualunque forma di imposizione se non nei limiti ed in connessione con uno dei seguenti elementi nella loro relazione con il territorio dello Stato: la stabile presenza della persona fisica o giuridica, il compimento di attività, il possesso dei redditi e/o dalla produzione di beni.

Quindi la sussistenza del nesso territoriale concreto è necessaria affinché una norma impositiva rivolta a cittadini di altri Stati possa dirsi conforme al diritto internazionale, ed anche alla Costituzione, e sia idonea a far nascere un'obbligazione tributaria nei confronti degli stessi. Se l'assenza del nesso impedisce il sorgere dell'obbligazione tributaria in capo allo straniero, questo comporta l'inapplicabilità verso quest'ultimo delle norme di carattere procedurale rivolte all'accertamento ed alla riscossione.

Alla luce delle argomentazioni su esposte, relativamente al rapporto tra principio di territorialità e il diritto tributario possiamo affermare quanto segue.

Con il passare del tempo il principio di territorialità inizialmente identificato con un rigido e indefettibile rapporto con il territorio dello Stato, ha subito una progressiva erosione.

Inoltre si è raggiunta la consapevolezza che lo Stato non è un potere unico ed assoluto ma è inserito nell'ambito della comunità internazionale, nella quale ha una posizione di parità; questo ha contribuito a rendere più elastico il rapporto tra i diversi ordinamenti giuridici.

Quindi, partendo dall'affermazione che “nel territorio dello Stato opera in via esclusiva, unicamente la legge tributaria di quello Stato, obbligando tutti coloro, sia cittadini che stranieri, che realizzano il presupposto di imposta”, avremo, salvo deroghe consentite da accordi internazionali o da norme dell'Unione Europea, che all'interno del territorio non possa essere applicata nessuna attività amministrativa (accertamento o riscossione tributi) o avere efficacia alcuna attività giurisdizionale, diversa da quella dello Stato; di conseguenza al di fuori del territorio nazionale non potrà quindi essere fatta valere né la sua attività amministrativa né quella giurisdizionale.

Oltre a questo si è imposto un'ulteriore interpretazione al principio di territorialità, derivante dalla prassi internazionale, che impone ad uno Stato di non prevedere forme di imposizione per soggetti che non hanno un sufficiente grado di collegamento con il territorio dello Stato e per beni al di fuori dello stesso. Questo non vuol dire però che si impedisce tout court ad uno Stato di sottoporre ad imposizione beni o attività che presentano elementi di estraneità con il suo territorio; ma vieta forme di imposizione con riferimento a fattispecie prive di un “ragionevole collegamento” con il territorio dello Stato.

È importante sottolineare come questo principio non sia atto ad impedire fenomeni di doppia imposizione quando gli Stati esercitano le proprie pretese in linea con lo stesso.

1.3) Il principio di Territorialità e la Costituzione Italiana Art. 53.

Nella visione della legislazione interna, la verifica di eventuali limiti alla potestà legislativa dello Stato italiano con riferimento a fattispecie che presentano elementi di estraneità allo stesso non può che trarre spunto dal contenuto dell'art. 53, comma 1, della Costituzione e significativamente dal principio della capacità

contributiva in base al quale “tutti devono concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”.

Questo principio ha carattere così generale da subire pochissime limitazioni; tuttavia parte della dottrina ritiene che il dovere di prestazione tributaria sia direttamente collegato con il godimento di servizi pubblici resi dallo stesso Stato o dalle sue articolazioni locali con la conseguenza che la norma costituzionale imporrebbe di limitare la potestà impositiva dello Stato a quelle fattispecie, con carattere di estraneità allo Stato, che sono espressione dell'utilizzo delle infrastrutture statali.

Tale teoria è abbracciata dalla maggior parte della dottrina⁴ che basa l'imposizione sul concetto di sovranità dello Stato ed in particolare nell'obbligo di solidarietà stabilito dall'art. 2 della Costituzione e non sulla sinallagmaticità dei servizi fruiti dal contribuente. In altri termini, è la partecipazione di un soggetto alla comunità nazionale che determina l'obbligo di contribuzione a favore dello stesso tramite il pagamento delle imposte in proporzione alla propria effettiva ed attuale capacità contributiva; l'irrilevanza della nazionalità del soggetto è evidenziata anche nell'art. 2 e nell'art. 53 della Costituzione quando, nel primo non fa riferimento al concetto di cittadinanza, più volte ripreso nella Costituzione, mentre nel secondo recita “tutti” e non “tutti i cittadini” comprendendovi all'interno anche i soggetti stranieri.

Relativamente all'assoggettamento ad imposizione in Italia in capo allo straniero dei redditi ovunque prodotti nel mondo si giustifica unicamente laddove egli abbia con il territorio dello Stato un vincolo forte e duraturo, inteso come residenza o domicilio che analizzeremo più avanti. Laddove questo vincolo non sia tale, il suo assoggettamento ad imposizione in Italia sarà limitato in ragione alla sua capacità contributiva espressa nel territorio dello Stato e quindi ai redditi considerati di fonte italiana.

⁴ F. MOSCHETTI, Il principio di capacità contributiva; il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità, in Perrone Berlini;

L'impostazione adottata dal nostro legislatore appare quindi coerente con il principio costituzionale della capacità contributiva dato che, da una parte, identifica i soggetti passivi di imposizione in ragione del criterio di collegamento con il territorio dello Stato, riassumibile nel concetto di "residenza fiscale", e, dall'altra, prevede l'assoggettamento ad imposizione, in capo ai soggetti residenti, con riferimento ai loro redditi ovunque prodotti nel mondo e, in capo ai soggetti non residenti, con riferimento ai soli redditi prodotti in Italia.

1.4) Residenza in ambito Tributario.

Negli anni '70 in Italia si è passati da un regime di tassazione territoriale basato su un'imposizione di natura reale, ad un sistema di tipo mondiale fondato su un'imposizione di tipo personale.

Questo passaggio ha imposto al legislatore la necessità di disciplinare due questioni fondamentali.

La prima riguarda l'individuazione del criterio che determina la soggettività passiva, scelta ricaduta sul criterio della residenza, mentre la seconda riguarda la problematica dell'identificazione della base imponibile applicabile ai soggetti passivi, risolta con la distinzione tra tassazione mondiale per i residenti e tassazione territoriale per i non residenti.

Analizzando la prima problematica relativa alla determinazione della soggettività passiva al tributo l'art. 2 del D.P.R. 22/12/1986 n.917 Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) fa riferimento a due concetti quali residenza e domicilio già trattati nel Codice Civile; infatti l'art. 43 c.c. descrive la residenza come "il luogo in cui la persona ha la dimora abituale" e il domicilio come "il luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi.

La dottrina tributaria si è da sempre interrogata sulla definizione degli stessi concetti, chiedendosi se adottare o meno le stesse definite dal diritto privato; autorevole dottrina ha risposto in modo affermativo alla domanda affermando la piena identità tra i concetti civili e fiscali di domicilio e residenza.

Il concetto di residenza in ambito tributario intende definire l'ambito territoriale di efficacia della norma tributaria, e non tanto qualificare i soggetti che sono collegati, attraverso una generalità di rapporti giuridici, al territorio. Questo riferimento indiretto ai criteri di collegamento con il territorio si ritrova anche nell'art. 4, par 1, del modello OCSE in forza del quale un residente ai fini convenzionali è un soggetto che è assoggettato ad imposta sulla base di criteri come la residenza, il domicilio, o altro di natura analoga.

Il legislatore italiano ha quindi identificato dei criteri che dovranno essere rispettati per la maggior parte del periodo di imposta sia per le persone fisiche che per le società e gli enti.

Relativamente ai primi infatti nell'art. 2, comma 2, del TUIR stabilisce che “ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”; come si evince dal presente articolo si possono identificare tre criteri, uno formale (l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente) di per se sufficiente ad integrare la soggettività passiva al tributo, uno secondo requisito ripreso dal codice civile (la residenza ai sensi dell'art 43 secondo comma) caratterizzato da un elemento oggettivo che è la permanenza stabile in un determinato luogo, e un elemento soggettivo che è la volontà di rimanervi ed infine un terzo anch'esso ripreso dal codice civile (il domicilio ai sensi dello stesso art. 43, primo comma) caratterizzato dal solo elemento soggettivo della volontà di stabilire e conservare in un certo luogo la sede principale dei propri affari ed interessi.

Per quanto riguarda i secondi invece nell'art. 73, comma 3, del TUIR si ritengono residenti quei soggetti che “hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”.

Come abbiamo visto le nozioni di carattere civilistico sono ampiamente e ripetutamente richiamate nei presenti articoli è però assodato che gli stessi

concetti siano stati utilizzati dalla legislazione tributaria al fine ultimo di essere reinterpretati in modo “autonomo” come nel caso del concetto di residenza fiscale che rappresenta un concetto molto più ampio, che può frequentemente portare all’identificazione di diverse sfumature di residenza, non coincidenti con la visione più ristretta della nozione civilistica.

In seguito alla riforma del 1973, che ha portato il passaggio da un sistema di tassazione sostanzialmente su base reale ad un approccio di tipo prevalentemente personale, il concetto di residenza fiscale ha assunto una posizione cardine del sistema tributario; e quindi nella determinazione del reddito imponibile dei soggetti residenti, il carattere personale dell’imposta, va a contemplare obbligatoriamente anche i redditi prodotti al di fuori del territorio dello Stato. Il legislatore compie un radicale cambiamento passando dalla relazione “reddito e territorio” a quella “soggetto e territorio”. Questo comporta che le imposte sui redditi che hanno natura di imposte personali, non colpiscono soltanto quegli indici di capacità contributiva che hanno il loro presupposto nel territorio dello Stato, ma tutti gli indici, ovunque localizzati, purché riferibili al medesimo soggetto e costitutivi del presupposto impositivo in relazione alla singola legge di imposta.

La residenza fiscale, come detto, acquisisce un rilievo centrale ed indefettibile del sistema tributario essendo espressione della presenza di effettivi indici di appartenenza e radicamento nel territorio nazionale; essa rappresenta quindi una deroga al principio di potestà impositiva di uno Stato all’interno del solo proprio territorio, contemplando la potestà impositiva di uno Stato tutte le volte in cui una fattispecie tributaria presenti degli elementi di extraterritorialità.

Possiamo quindi affermare che il criterio della residenza costituisce il necessario corollario allo sviluppo nel diritto tributario del principio di territorialità, nella sua versione tradizionale, il quale prevede la potestà impositiva con riferimento a quei presupposti che si originano all’interno del territorio dello Stato e prevede la medesima potestà anche con riferimento a fattispecie appartenenti alla sovranità di altri stati. Infatti, la residenza, costituisce il presupposto per l’applicazione

della tassazione mondiale (imposizione Worldwide) piuttosto che territoriale, il che significa, che i soggetti residenti in Italia sono assoggettati ad imposizione sul reddito ovunque prodotto, mentre i soggetti non residenti sono assoggettati ad imposta soltanto sui redditi prodotti in Italia. Quanto appena detto si basa inoltre sulle definizioni di tassazione “Territoriale” e di tassazione “Mondiale”, intesa la prima come l’esercizio, da parte dello Stato, della propria potestà impositiva con esclusivo riferimento a quei redditi da chiunque prodotti all’interno del suo territorio; mentre la seconda identifica l’esercizio, da parte di uno Stato, della potestà impositiva sia con riferimento a quei redditi prodotti nel suo territorio sia con riferimento ad elementi di reddito prodotti al di fuori dello stesso, questa può avvenire solo nei confronti dei soggetti residenti e quindi di quei soggetti che hanno con il territorio dello Stato uno stabile collegamento di natura personale.

L’Italia, come gli altri paesi, ha optato per un sistema di tassazione mondiale non rinunciando ad assoggettare ad imposta anche i soggetti non residenti sui redditi prodotti nel territorio italiano, facendo così coesistere tassazione mondiale e territoriale nello stesso ordinamento.

Fino ad ora si è trattata esclusivamente la problematica dell’individuazione dei soggetti passivi risolvendola attraverso il concetto di residenza; quest’ultimo però può e viene utilizzato anche per la determinazione della fonte del reddito fondamentale sia per l’identificazione della base imponibile che per l’individuazione dei redditi di fonte estera con riferimento ai quali l’Italia riconosce, in ambito IRES, il credito per le imposte versate all’estero.

Infatti l’art. 23, comma 1, del TUIR stabilisce che “ai fini dell’applicazione dell’imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato: i redditi fondiari; i redditi di capitale corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti; i redditi da lavoro dipendente prestato nel territorio dello Stato ...; i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato; i redditi d’impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni; i redditi

derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti... in questo caso la residenza non cerca di identificare i soggetti passivi ma vuole determinare la fonte del reddito in situazioni in cui la tassazione è determinata in base al principio di territorialità. Inoltre il nostro legislatore relativamente alla natura di fonte interna ed esterna dei singoli elementi di reddito individua, per i soggetti non residenti, sia la loro non imponibilità che le eventuali modalità di imposizione; mentre per i soggetti residenti la natura di reddito interno o estero costituisce il presupposto per l'applicazione di particolari istituti.

1.5) Residenza Fiscale delle persone giuridiche e i requisiti che la determinano.

Come già accennato in precedenza in seguito alla riforma del 1973, in Italia ha preso piede il principio della tassazione mondiale basato sulla nozione di residenza al fine di distinguere quali soggetti erano sottoposti a tassazione mondiale e quali a tassazione territoriale.

Questa centralità della nozione di residenza è stata acquisita definitivamente con il TUIR del 1986 nell'art. 87, comma 1, che individua i soggetti passivi IRPEG, successivamente integrato da una Relazione Governativa redatta al fine di chiarire alcuni aspetti.

Questa disposizione è stata inserita senza sostanziali modifiche nell'art. 73 del nuovo TUIR risultante dalla riforma IRES del D.Lgs. 12 Dicembre 2003 n. 344⁵.

Come si evince dal suesposto articolo, alla base della sussistenza della residenza delle persone giuridiche vi sono tre requisiti che nel tempo non hanno subito sostanziali modifiche dal 1973 ad oggi.

⁵ Si veda l'Art. 73 TUIR D.Lgs 12 Dicembre 2003 n.344

I requisiti devono sussistere per la maggior parte del periodo d'imposta e sono tra loro alternativi, quindi la sussistenza di uno soltanto determina che quella società sia residente e quindi soggetta ad imposizione sul reddito mondiale.

Sono stati inseriti più di un criterio per un duplice scopo, da un lato di ampliare le possibilità di assoggettare ad imposizione le società che presentano un collegamento, stabile e significativo, con il territorio italiano e, dall'altro, di impedire comportamenti atti ad eludere l'applicazione dell'imposta; infatti se si prevedesse un unico requisito, per una società sarebbe molto più facile evitare artificiosamente di rientrare tra le fattispecie da esso descritte e quindi non risultare residente; inoltre i requisiti hanno la medesima rilevanza e quindi non esiste alcuna gerarchia tra gli stessi.

Di seguito analizzeremo singolarmente i vari requisiti.

1.5.1) La Sede Legale nel territorio dello Stato.

È un requisito di carattere formale che risulta dall'atto costitutivo e dallo statuto⁶.

Inizialmente coincide con il luogo in cui si perfeziona il processo di costituzione e che nel nostro diritto internazionale privato determina la nazionalità della società, ma può essere successivamente spostato.

Il non voler dare rilevanza al luogo di costituzione di una società origina secondo la relazione ministeriale al D.P.R. 598/73, dalla volontà di dare "rilievo diretto ai dati obbiettivi di collegamento col territorio.

La sede legale però è un requisito facilmente eludibile e si dimostrerebbe insufficiente, da solo, a determinare l'assoggettamento ad imposizione in Italia delle società. Proprio per questo motivo viene accostato ad altri requisiti come la sede dell'amministrazione localizzata nel territorio dello Stato e l'oggetto principale dell'attività.

⁶ Per approfondimento sul punto si vedano i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali riportati in: M.STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*; in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, 1, Torino, 2004, 222s.

1.5.2) La Sede dell'Amministrazione nel territorio dello Stato.

Il concetto di sede dell'amministrazione, secondo la dottrina civilistica⁷ ed internazional-privatistica, viene inteso come “ il luogo dal quale gli impulsi volitivi inerenti l'attività amministrativa della società provengono” e dal quale si organizza e si dirige effettivamente la gestione sociale.

Quindi non rileva tanto chi siano gli amministratori, formalmente identificati come tali, ma chi forma la vera volontà sociale e i veri indirizzi di tale attività amministrativa. Infatti qualora i soggetti nominati come amministratori siano in realtà privi di ogni potere decisionale ed operino esclusivamente come meri esecutori di direttive provenienti da altri soggetti residenti in altri Stati, senza che questi prendano parte ne contribuiscano alle decisioni prese da questi ultimi, la sede dell'amministrazione dovrebbe localizzarsi nello Stato di residenza dei secondi e quindi nel luogo di provenienza delle direttive di gestione sociale.

Un affermato orientamento giurisprudenziale, ha individuato la sede dell'amministrazione nel luogo in cui si svolge l'attività direttiva ed amministrativa, e quindi dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per lo sviluppo ed il raggiungimento degli obiettivi sociali.

Allo stesso modo la dottrina tributaria si è applicata nell'individuazione del concetto di sede dell'amministrazione individuandolo nel luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi sulla gestione attribuendo significato decisivo al luogo dove abitualmente si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive dell'impresa e per svolgere le attività amministrative che gli competono.

Si possono quindi individuare alcuni elementi, che vanno a rappresentare importanti indizi ai fini dell'esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione di una società, riconducibili all'attività negoziale e di

⁷ G.MAISTO, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, in Dir. Prat- trib.,1988,I,1364.

sottoscrizione di contratti, telefonate, fax, e-mail, lettere di convocazione ed ogni altro atto inerente alla gestione dell'impresa; inoltre la residenza degli amministratori viene considerata come un ulteriore elemento indiziario ma che può essere considerato solo come indicativo, dato che, se gli amministratori si riunissero all'estero e vi prendessero le decisioni inerenti alla gestione sociale, tale elemento sarebbe privo di alcun aspetto positivo.

Oltre a questi elementi si è inoltre pensato all'aspetto spazio-temporale della sede dell'amministrazione dato che all'interno del concetto di sede ritroviamo un riferimento spaziale ed uno temporale; infatti, dal punto di vista temporale, è implicito che l'attività volitiva debba essere caratterizzata dalla continuità della stessa, quindi, non è sufficiente la localizzazione occasionale o per un solo atto, ma è bensì richiesta una continuità temporale tale da classificare quel luogo come sede. Relativamente invece all'elemento spaziale questo sta a sottolineare che, nel caso in cui gli impulsi volitivi in cui si concretizza l'attività amministrativa della società dovessero provenire da altra sede situata al di fuori del territorio dello Stato, la residenza di detta società non sarà più nel territorio dello Stato.

Un ulteriore aspetto che può essere rintracciato nella giurisprudenza che si è espressa in tema di sede dell'amministrazione delle società è l'applicazione del principio della sostanza sulla forma. Secondo la Suprema Corte di Cassazione, nell'individuazione della sede dell'amministrazione bisogna avere riguardo alla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale ed apparente che potrebbe risultare dai libri sociali o da altra documentazione.

Lo stesso concetto è abbracciato dall'Agenzia delle Entrate, la quale afferma che "la localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede dell'amministrazione devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, che può non corrispondere con quanto indicato nell'atto costitutivo o nello statuto".

La stessa dottrina tributaria⁸ rileva che per sede dell'amministrazione non si deve intendere solo il luogo di effettivo svolgimento dell'attività sociale, ma anche il luogo dove abitualmente si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive dell'impresa. Nel caso in cui gli amministratori siano tutte persone fisiche residenti in Italia, sempre che non si dimostri che gli amministratori si incontrano sempre fuori dall'Italia e lì prendano tutte le decisioni più rilevanti per la vita della società, allora si può concludere che anche la società stessa sia residente in Italia.

Sotto quest'ottica assumono quindi rilievo, sia il luogo dove si svolgono le assemblee, sia il luogo ed il contesto dove si formano le decisioni; infatti, qualora, nonostante le riunioni del consiglio di amministrazione avvengano formalmente all'estero, sussistono documenti o prove di altro genere dell'esistenza di un'attività gestoria della società estera condotta dall'Italia, la società sarebbe residente in Italia.

Con l'avanzare della tecnologia si è sempre più fatto uso anche nell'ambito dei consigli di amministrazione delle tele/videoconferenze, facendo sorgere, anche in questo caso, il problema della localizzazione della sede dell'amministrazione, risolto nell'identificazione dello stesso nel luogo dove si riuniscono la maggioranza dei consiglieri collegati.

Sempre al fine di risolvere il problema in questione si è utilizzato un ulteriore elemento di risoluzione quale quello di considerare l'adunanza tenuta nel luogo in cui intervengono coloro che fungono da presidente e da segretario; inoltre per incrementare la certezza del luogo dove l'assemblea si sia tenuta, si può ricorrere ad un notaio o ad un'altra figura che certifichi la certezza giuridica della data e del luogo dell'adunanza.

Sia la dottrina che la giurisprudenza sono concordi sull'attribuzione alla sede dell'amministrazione in significato di luogo nel quale vengono assunte le decisioni inerenti alla vita della società; non si è però specificato quale sia il

⁸ GRECO R., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 493.

livello decisionale necessario affinché si possa configurare la sede dell'amministrazione. Non è infatti chiaro se per amministrazione si intenda soltanto la direzione strategica societaria e l'insieme delle decisioni normalmente riservate al consiglio di amministrazione (scelte di politiche di investimento e di finanziamento, la nomina e l'attribuzione di poteri ai dirigenti, le linee strategiche da seguire...) o anche la mera gestione ordinaria. Si è però giunti alla soluzione che si debba far riferimento unicamente alla direzione strategica e alle scelte di alta direzione in relazione alle attività societarie poiché la gestione ordinaria dovrebbe potersi classificare nel concetto di oggetto principale.

1.5.3) L'Oggetto Principale nel territorio dello Stato e il requisito temporale.

La dottrina civilistica⁹ definisce l'oggetto principale come l'insieme delle attività poste in essere dalla società al fine di perseguire il proprio scopo sociale. Queste operazioni di configurano, alternativamente o congiuntamente, come un'attività di produzione, scambio o intermediazione di beni o servizi.

La dottrina ha correttamente rilevato che questo criterio è relativo e che sarebbero necessari criteri di misura quantitativi e temporali al fine di stabilire quale sia l'attività principale.

Nell'individuazione dell'oggetto principale della società, la dottrina e la giurisprudenza, sia civilistica che tributaria, sono per lo più concordi nell'adottare un'impostazione sostanzialistica. Questo significa che l'oggetto principale non deve necessariamente essere quello risultante dalle indicazioni programmatiche dello statuto, le quali non sono determinanti se smentite dalla realtà dei fatti. Sarebbe infatti inadeguato basarsi esclusivamente su criteri formali per identificare un elemento che per sua stessa natura richiama la sostanza e non la forma.

⁹ A. MANZITTI, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, De Jure, Giuffrè, 1998, IV, 181.; M. ANTONINI, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal D.L. 4 Luglio 2006, n. 223*, De Jure, 2006, IV, 185.

Sulla stessa linea di pensiero si è inoltre espressa l'Agenzia delle Entrate, la quale afferma che “la localizzazione dell' oggetto principale o l'esistenza della sede dell'amministrazione devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto”.

Nell'art. 73, comma 4 e 5, del TUIR si può desumere che l' oggetto principale debba essere estrapolato esaminando l'attività effettivamente svolta dalla società in Italia o all'estero.

Al fine di identificare l' oggetto principale, si rende necessario dapprima localizzare l'oggetto della società e, successivamente, nel caso di individuazione di molteplici centri operativi, rinvenire quelle attività che assumono nella loro coesione il carattere della “principalità” rispetto ad altre.

Nel caso in cui l'attività venga svolta in parte in Italia e in parte all'estero, si rende necessario accertare la prevalenza quantitativa dell'attività italiana su quella estera, tale prevalenza deve essere verificata anche tenendo conto di elementi qualitativi quali l'accessorietà di un'attività rispetto ad un'altra, escludendo inoltre quelle attività meramente accessorie o strumentali in quanto il presupposto in esame è sempre l' oggetto principale.

Una novità che è stata introdotta dal nuovo TUIR del 1986 è il Requisito Temporale, che va ad integrare i tre requisiti appena descritti.

Questa modifica è finalizzata in primo luogo ad evitare di attrarre a tassazione in Italia i redditi mondiali prodotti, nell'arco del periodo d'imposta, da parte di una società che abbia ivi avuto la sede legale o dell'amministrazione, anche per un periodo molto breve, magari di uno solo giorno.

Questo requisito emerge dal testo della relazione governativa allo schema di testo unico del 1986; infatti si spiega che la precisazione fu introdotta “poiché si tratta di accertare, ai fini dell'obbligo della dichiarazione e dell'esercizio del potere di

accertamento, il presupposto di un'obbligazione tributaria 'di periodo ' ed è perciò necessario precisare per quanta parte del periodo deve sussistere la condizione richiesta". Questo sta a significare che è opportuno stabilire una sorta di requisito integrativo di ciascuno dei criteri di collegamento indicati nell'art. 73, comma 3, TUIR, in quanto nessuno di essi sarebbe idoneo a giustificare un'imposizione sui redditi ovunque prodotti da un certo soggetto. È sorto quindi un requisito di tipo temporale-quantitativo che va ad integrare i requisiti qualitativi definiti attraverso i tre criteri alternativi della sede legale, della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale.

Come correttamente evidenziato dalla dottrina, sarebbe ingiusto assoggettare a tassazione il reddito mondiale prodotto nell'esercizio da un'impresa che assume la qualifica di residente per un periodo assai limitato nel periodo d'imposta e successivamente trasferisce all'estero i criteri di collegamento di cui all'art. 73, del testo unico.

L'effetto di questo requisito è che una società non potrà essere considerata residente in Italia, ancorché vi abbia la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale se, nel caso di periodo d'imposta pari a 356 giorni, questi requisiti non siano stati mantenuti per un periodo di 183 giorni (184 con l'anno bisestile).

Sorgono però due problematiche; la prima riferita al caso in cui i 183 giorni non siano consecutivi, risolto con risposta affermativa dato che non ci sono tesi contrarie a questa.

L'altra problematica attiene alla possibilità di maturare i 183 giorni sommando diversi periodi con riferimento non allo stesso requisito ma a diversi requisiti; in questo caso si deve rispondere negativamente in forza del fatto che l'art. 73, comma 3, impone che la società abbia in Italia "per la maggior parte del periodo d'imposta" uno dei tre requisiti il che esclude la possibilità di cumulare i periodi di ciascuno di essi.

1.6) Residenza nei gruppi di società.

Anche nel caso di società appartenenti a gruppi multinazionali sorge la problematica dell'individuazione della sede dell'amministrazione¹⁰.

Queste società vengono assoggettate dalla capogruppo alla cosiddetta attività di direzione e coordinamento del gruppo; la stessa provvede a svolgere una serie di compiti nel settore contabile, legale e di marketing, che riguardano l'organizzazione ed il funzionamento delle attività del gruppo.

Sorge quindi il dubbio se la residenza della controllata debba ritenersi collocata nello Stato della capogruppo, in quanto luogo ove deve ritenersi localizzata la sua sede dell'amministrazione; più precisamente si deve verificare se l'attività di direzione e coordinamento possa configurare quell'insieme di impulsi volitivi che caratterizza la sede dell'amministrazione della società, con la conseguenza di attrarre la residenza delle consociate nello stesso Stato di residenza della società capogruppo.

C'è chi ha affermato infatti che il potere di gestione della società a capo di un gruppo è qualitativamente prossimo a quello degli amministratori, in quanto potere finale, non sottoposto ad ulteriore sindacato da parte di organi esecutivi.¹¹ L'azione della società capogruppo sembra addirittura che possa tradursi in una pretesa di esercitare fino in fondo le prerogative proprie del gestore, inserendosi stabilmente nelle scelte di gestione delle società controllate.

Molto spesso l'attività di direzione e coordinamento si traduce in un'unità di indirizzi gestionali finalizzata al raggiungimento del massimo risultato economico di gruppo, limitando e disciplinando la concorrenza tra imprese del gruppo medesimo, coordinando le varie attività d'impresa, convogliando i mezzi finanziari in sistemi più o meno sofisticati di tesoreria unica, scambiando

¹⁰ D. STEVANATO, Holding di partecipazioni e presunzioni di residenza, in corr. Trib., 2008,72.

¹¹ M. MOZZARELLI, Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l., Torino, 2007; SCOGNAMIGLIO, Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003, Milano, 2003.

esperienze e tecnologie ecc., ma anche, ed al limite, concentrando nella capogruppo l'organizzazione e la gestione di determinati servizi.

Il coordinamento delle società del gruppo può essere concepito come una modalità della direzione unitaria delle attività di impresa del gruppo medesimo, consistente nella riconduzione ad unità della direzione delle stesse, in modo tale da omogeneizzare i fini, standardizzarne i processi e uniformare le singole operazioni.

Già in questa azione esercitata dalla società controllante verso le società controllate si può riconoscere la manifestazione concreta della direzione unitaria, in rapporto al tempo stesso di coercizione e regolazione coordinamento e composizione.

È importante sottolineare che la mera appartenenza di una società ad un gruppo, con il necessario corollario della sua adesione alle relative politiche, non può fondare alcun assunto di resistenza fiscale delle controllate nel Paese in cui è localizzata la controllante¹². Appare opportuno soffermarsi sulle possibili interrelazioni riscontrabili tra il concetto civilistico di direzione e coordinamento e quello di sede dell'amministrazione il quale, insieme ad altri elementi, individua la residenza fiscale delle società ed enti.

La dottrina¹³ che si è espressa sul punto concorda con la tesi in forza della quale il rispetto delle politiche di gruppo non vale di per sé a mettere in discussione la residenza di tali società nello Stato in cui operano.

Nonostante questo si è dell'opinione che, in presenza di gruppi societari, il concetto di sede dell'amministrazione debba essere parzialmente ripreso al fine di tenere in considerazione le peculiarità di tale fattispecie. Questo comporta il riconoscere, da una parte, la legittima aspettativa della società capogruppo di poter influenzare le scelte decisionali delle proprie controllate e, dall'altra, la legittimità delle medesime di esercitare, nell'ambito dell'ampia libertà ad esse

¹² Sentenza Comm. Trib. Prov. Di Firenze, 3/12/2007, n.61.

¹³ Cfr. nota S. COVINO – R. LUPI

concessa, le proprie prerogative decisionali, sia con riferimento ai singoli accadimenti di gestione che con riferimento a scelte importanti, una più ampia prospettiva strategica.

I concetti di “direzione unitaria” dei gruppi di impresa e di “attività di direzione e coordinamento” assumono particolare importanza nel caso in cui le direttive della capogruppo vengano interpretate come ingerenze gestionali e amministrative, al limite della sostituzione nell’attività gestoria delle partecipate estere.

Proprio per questo va analizzato il contenuto dell’attività di direzione e coordinamento della società capogruppo per distinguerlo dalla funzione di conduzione aziendale in loco da parte della controllata.

L’espressione “direzione unitaria” racchiude in sé la concreta esplicitazione dell’influenza dominante quale elemento ulteriore al concetto di controllo. La direzione unitaria indirizza l’attività economica delle singole società controllate, le regola e la definisce così che il gruppo possa realizzare un interesse comune superiore a quello raggiungibile dalle singole imprese in modo autonomo e non coordinato.

L’attività di direzione e coordinamento viene definita in genere come la sottoposizione di più imprese ad una unità di indirizzo e l’attività viene descritta in termini di accertamento e/o coordinamento di uno o più settori di attività e/o funzioni aziendali.

Mentre relativamente alla forma, l’attività di direzione e coordinamento da parte del capitale di controllo si estrinseca, oltre che nell’esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle società controllate, in una serie di atti confidenziali non compiutamente tipizzabili, scaturenti dal sottostante rapporto fiduciario

intercorrente tra il capitale di controllo e gli amministratori delle società controllate.¹⁴

L'attività di amministrazione va esclusa in favore di quella di direzione e coordinamento quando gli impulsi organizzativi dalla società capogruppo consistono in meri atti di orientamento e direzione dell'attività di un gruppo societario e non in atti di concreta amministrazione di tipo surrogatorio riferiti ad una specifica operazione societaria.

La giurisprudenza tributaria di merito¹⁵ ha sostenuto che l'attività di indirizzo gestionale che la società controllante esercita sulla controllata, che costituisce prerogativa tipica del controllo societario disciplinato dall'art. 2359 del codice civile, non può essere confusa con l'attività rilevante ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione di quest'ultima, ovvero, "non si può configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra soltanto perché tra le due società vi è uno stretto collegamento che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità" nell'ambito del medesimo gruppo imprenditoriale.

A differenza dell'attività di amministrazione, l'attività di direzione e coordinamento è diretta a consentire e verificare che le società controllate svolgano le specifiche funzioni imprenditoriali ad esse assegnate all'interno del gruppo in forma coordinata e orientata al soddisfacimento degli obiettivi unitari del gruppo di appartenenza.

L'attività di amministrazione invece si manifesta nell'identificazione delle modalità imprenditoriali, organizzative e funzionali, attraverso cui i singoli soggetti giuridici partecipati conseguono gli obiettivi assegnatili, realizzando in tal modo il più vasto progetto imprenditoriale al quale essi appartengono.

¹⁴ P.VALENTE, Residenza ed esteroinvestizione. Profili probatori e schema multi-test, Il Fisco n.22 del 2/06/2008.

¹⁵ Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sentenza n. 61 del 03/12/2007.

In quest'ottica ed al fine di individuare la sede dell'amministrazione è stato affermato¹⁶ che adeguato peso deve essere ascrivito al Paese in cui vengono assunte le decisioni relative all'amministrazione propria dell'ente partecipato, ossia il luogo in cui viene gestita e diretta quotidianamente la società "figlia". Quindi assumerebbero rilievo le attività sia "straordinarie" sia quelle caratterizzate da una certa comunità, come "l'attività di organizzazione e di controllo dei processi e dei fattori produttivi, di gestione del personale, le attività di relazione con i terzi, la stipula di contratti inerenti alla gestione ordinaria, gli incassi e i pagamenti".

In sostanza, i flussi di indicazioni e direttive strategiche che promanano dalla capogruppo alle controllate, sebbene coinvolgano tutti gli aspetti della vita aziendale delle partecipate stesse, non individuano, di per sé, alcuna sostituzione nell'esercizio dell'impresa sul territorio, ma esprimono soltanto il potere di direzione unitaria e dimostrano l'esistenza di un rapporto di sovra ordinazione della controllante e di subordinazione della controllata.

In altri termini, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento attraverso uno o più atti di indirizzo, e non di amministrazione, strategico e/o operativo dimostra la semplice subordinazione della società partecipata alla propria capogruppo e connota uno stato di dipendenza degli interessi propri a vantaggio del gruppo nella sua globalità. Quindi questa forma di "eterodirezione" non può configurare in alcun modo, ipotesi di attrazione in Italia della residenza fiscale di una società partecipata estera.

Si giunge quindi alla conclusione che per ipotizzare un fenomeno di "esterovestizione" di società partecipate localizzate all'estero, occorre verificare nei fatti la sussistenza di un rapporto di dominazione, in forza del quale la

¹⁶ M.THIONE, L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi, Il Fisco n. 4 25/01/2010.

controllante, attraverso l'impulso imprenditoriale, rende "acefala" la consociata, la quale consapevolmente rinuncia a decidere sulla propria operatività.¹⁷

Negli altri casi in cui non sono verificate le condizioni dianzi riportate, è da escludere che l'attività di direzione e coordinamento di una capogruppo italiana dia luogo ad un fenomeno di "spostamento" della sede di amministrazione della partecipata estera nel territorio dello Stato.

Esiste anche l'ipotesi in cui all'interno di un gruppo di società la capogruppo sia un'entità la cui attività sia sostanzialmente riconducibile alla detenzione di partecipazioni e alla predisposizione delle politiche di gruppo denominata comunemente Holding.

Questa configurazione può avere degli effetti sia sull'interpretazione del concetto di oggetto principale, per la società holding, che di sede dell'amministrazione, per le società controllate in relazione al loro conformarsi alle politiche di gruppo.

In passato vi sono stati casi in cui, oltre ad una parte della dottrina¹⁸, anche l'Amministrazione Finanziaria¹⁹ abbia affermato, nella circostanza in cui una società detenga un unico bene ubicato in uno Stato diverso da quello di costituzione, che il suo oggetto principale potesse di fatto coincidere con i beni da essa posseduti e quindi essere ubicato nell'altro Stato, con le ovvie conseguenze in termini di residenza.

Difformemente da quanto precedentemente affermato, la sentenza della Suprema Corte²⁰ ha affermato che la sede effettiva di una persona giuridica non è il luogo ove si trovano i beni, gli stabilimenti e nel quale si svolge l'attività produttiva, bensì quello in cui abbia effettivo svolgimento l'attività direzionale ed amministrativa.

¹⁷ VALENTE P., *Esterovestizione e eterodirezione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, Riv. Dir. Trib. 2010.

¹⁸ G. MARINO in *La residenza nel diritto Tributario*, Padova, 1999.

¹⁹ Secit, relazione sull'attività svolta nel 1984 (si veda in Diritto e pratica tributaria, 1985, I.)

²⁰ Cfr. Cassazione, n 3028 del 13/10/1972, in Imposte Dirette Erariali, 1973, Parte Seconda, Volume XVI.

Quindi anche in forza della citata sentenza possiamo affermare che non si può confondere l'oggetto principale con i beni posseduti dalla società. Questo perché l'oggetto principale vuole significare l'attività economica svolta dalla società, la quale deve essere separata dai beni impegnati per l'esercizio della stessa.

Nel caso ipotetico in cui si accettasse la tesi in cui l'oggetto principale equivalga ai beni posseduti dalla società, si deve richiamare la presa di posizione dell'Amministrazione Finanziaria²¹, dove è stato implicitamente affermato che le partecipazioni che una holding detiene in società estere debbono considerarsi esistenti nel suo stato di residenza. La conseguenza di tale impostazione sarebbe che l'oggetto principale della società holding dovrebbe considerarsi ubicato nel suo Stato di costituzione. Inoltre, a dimostrazione dell'erroneità dell'equivalenza tra beni e oggetto principale ci si pone il quesito di dove debba considerarsi quest'ultimo nel caso di una holding che detiene partecipazioni in diversi Stati.

Si ritiene quindi che per le società holding, non diversamente dalle altre tipologie di società, l'oggetto principale debba essere ricondotto all'attività in fatto svolta, la quale è del tutto indifferente allo Stato di residenza delle società controllate. Infatti, in queste tipologie di società, l'attività è sostanzialmente riconducibile al possesso ed alla gestione delle partecipazioni ed essa avviene, di norma, nel luogo in cui le decisioni vengono assunte, essendo a tal proposito del tutto irrilevante l'ubicazione delle società controllate.

A tal proposito, come rilevato da autorevole dottrina²², una società con sede dell'amministrazione estera che come unico bene possieda uno stabilimento produttivo in Italia avrà senz'altro l'oggetto principale dell'attività in Italia. La stessa società che come unico bene possieda una partecipazione in una società italiana, la quale, a sua volta, possieda uno stabilimento produttivo in Italia, non necessariamente avrà l'oggetto principale in Italia. Infatti, nel primo caso, l'oggetto principale dell'attività consiste nello svolgimento di un'attività industriale che, per l'appunto viene svolta in Italia; nel secondo caso, l'oggetto

²¹ Risoluzione n. 18/E del 29/01/2003.

²² A. MANZITTI, "Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società", in De Jure, Giuffrè, 1998, IV, p.176.

dell'attività consiste nella gestione di partecipazioni azionarie ed il luogo dove si svolge tale attività di gestione non può essere influenzato dalla residenza della società partecipata.

CAPITOLO II:

Convenzioni per evitare la Doppia Imposizione.

2.1) Introduzione.

Abbiamo fino ad ora analizzato i presupposti per la residenza fiscale delle società nel diritto italiano. Come si è notato, a causa della loro ampiezza, tra le fattispecie residenti in Italia si possono far rientrare anche società che sono state considerate assoggettabili a tassazione mondiale da altri ordinamenti sulla base di criteri analoghi.

Per evitare che il contemporaneo riconoscimento dell'esistenza dei presupposti per la tassazione del reddito mondiale di una società da parte di più ordinamenti nazionali determini il fenomeno della doppia imposizione giuridica, gli Stati sono soliti concludere convenzioni per evitare le doppie imposizioni, per lo più bilaterali.

Anche nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, il concetto di residente, anche detto “*resident*” per distinguerlo da chi è residente ai fini tributari interni italiani, ha un ruolo fondamentale. Esso in primo luogo determina l'applicabilità della convenzione stessa ad un determinato soggetto.

Nell'analisi che segue valuteremo la funzione della nozione di *residence* nell'ambito delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Faremo inoltre riferimento al modello di convenzione per evitare le doppie imposizioni utilizzato dall'OCSE (il Modello OCSE) anche perché l'Italia, per stipulare gli accordi che riguardano questo tema, si è basata proprio su di esso e non su quello adottato dalle Nazioni Unite (UN Model) o quello utilizzato dagli Stati Uniti (US Model)²³.

2.2) Art. 1 OCSE Presupposto di Residenza.

I principali scopi di una convenzione che si ispira al Modello OCSE sono (i)

²³ United States Model Income Tax Convention of Novembre 15, 2006.

evitare le doppie imposizioni sui redditi mediante il riconoscimento da parte dello Stato di residenza del contribuente del credito d'imposta o dell'esenzione sui redditi che in base alla convezione possono essere tassati nello stato della fonte, (ii) prevenire l'evasione fiscale e, infine, (iii) allocare i diritti impositivi tra gli stati contraenti.

La nozione di *residence* ha una valenza centrale rispetto a tutte queste funzioni. L'art. 1 del Modello OCSE impone per l'applicazione della Convezione che il soggetto che invoca l'applicazione della stessa sia residente di (almeno) uno degli Stati contraenti.

Dalla lettura del Commentario a questa norma si evince che potevano beneficiare della Convenzione sia i soggetti assoggettati a tassazione piena in uno Stato contraente (i "nationals") sia coloro i quali ricevevano redditi da una fonte situata in uno degli Stati contraenti (questi soggetti erano identificati come coloro che avevano il "fiscal domicile" in uno degli Stati contraenti).

Un segno di cambiamento rispetto alla bozza del 1928 si ha dal paragrafo 11 dell'introduzione al Commentario di entrambi i Modelli dal quale si evince il nuovo ruolo che, negli anni '40, è stato ormai acquisito dalla residenza fiscale (indicata come "fiscal domicile"): possono beneficiare della convezione i cittadini di uno Stato contraente purché abbiano il "fiscal domicile" in uno Stato contraente. In caso contrario, non possono avere accesso ai benefici della Convenzione, dal momento che la maggior parte degli Stati non assoggetta a tassazione mondiale i propri cittadini che abbiano però il "fiscal domicile" in un altro paese.

In sostanza, nonostante sia la bozza del 1928 sia i Modelli del 1943 e 1946 facciano riferimento al termine "contribuente", il significato che questo termine ha è del tutto diverso. Mentre nella bozza del 1928 il "fiscal domicile" identificava uno Stato della fonte, nei Modelli del 1943-6 il "fiscal domicile" ha ormai acquistato tutta la sua rilevanza come criterio volto ad identificare lo Stato che può assoggettare a tassazione i redditi mondiali di un certo soggetto.

È da questo momento che nasce la necessità che il “fiscal domicile” ai fini convenzionali sia uno soltanto.

Il concetto di “fiscal domicile”, fino ad allora utilizzato per identificare l’oggetto delle Convenzioni, lascia spazio al concetto di *resident* a partire dal primo dei quattro Rapporti del Fiscal Committee of the Organization for European Economic Co-operation (OECE). Tale scelta si spiega con la volontà di identificare un termine più efficace per descrivere il legame di un determinato soggetto al suo territorio di provenienza.

Lo stesso Commentario spiega anche cosa si intenda per *resident* ai fini della Convenzione: un soggetto “*liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any similar criterion*”. È la prima volta che tale concetto appare, ed esso è destinato a sostituire le formulazioni precedenti che utilizzavano la nozione di “contribuente”.

L’art. 1 del Modello OCSE deve essere letto in correlazione con due altre norme che forniscono la definizione dei termini utilizzati nello stesso art. 1. Si tratta dell’art. 3(1)(a) che contiene la definizione di persona:

“For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires:

a) the term "person" includes an individual, a company and any other body of persons;”

e dell’art. 4(1), che dà la definizione di *resident*:

“For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.”.

2.3) Nozione di residenza in uno Stato contraente.

Come appena accennato la nozione di *resident* nell'ambito di applicazione delle Convenzioni che si basano sul Modello OCSE, non è quella propria della legislazione di ciascuno Stato contraente, ma è quella prevista dall'art. 4 dello stesso Modello OCSE.

Come si evince dall'art. 4, paragrafo 1 del Modello OCSE, un soggetto, per essere considerato *resident* ai fini del Modello deve essere:

- “*liable to tax*”, ossia assoggettato ad imposta;
- in ragione di un criterio di collegamento quale “*domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature*”, ossia domicilio, residenza e sede di direzione o altro criterio di natura analoga.

2.3.1) “Assoggettamento ad imposta”.

Il concetto di “*liability to tax*” può essere tradotto come assoggettamento ad imposta. Si tratta di un requisito che afferisce al soggetto e non al singolo reddito con riferimento al quale il contribuente invoca l'applicazione della convenzione.

Il principale interrogativo che questo requisito pone è se l'assoggettamento deve essere concreto o soltanto potenziale.

Secondo una parte della dottrina nonostante l'espressione “*liable to tax*” sembri suggerire l'attuale assoggettamento ad imposta, non si può escludere che esso possa essere diversamente interpretato come “*liable to be liable to tax*”, con ciò intendendo far riferimento ad una tassazione soltanto potenziale del soggetto²⁴.

La problematica è di notevole rilevanza dato che, se tale requisito fosse inteso come assoggettamento in concreto ad imposta, i soggetti che usufruiscono di esenzioni nel loro Stato di residenza non potrebbero beneficiare delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni e potrebbero essere tassate dallo

²⁴ Tesi proposta da R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002.

Stato della fonte dei loro redditi senza alcuna limitazione, vanificando parzialmente il riconoscimento dell'esenzione²⁵.

Altra parte della dottrina ritiene che tali soggetti siano “*liable to tax*” qualora gli stessi beneficino di una esenzione di carattere oggettivo (su determinati elementi di reddito) e non soggettiva (esenzione in toto dell'ente stesso).

Si ritiene che, anche in caso di esenzione di carattere soggettivo sussisterebbe ugualmente la “*liability to tax*” in quanto la stessa sarebbe comunque condizionata al rispetto di una serie di condizioni. In sostanza, si dovrebbe distinguere tra il concetto di “*liable to tax*” (ciò che potremmo definire un “assoggettamento formale”) e quello di “*subject to tax*” (un “assoggettamento in concreto”).

Quindi deduciamo che se un soggetto possiede tutte le caratteristiche che ne determinerebbero il normale assoggettamento concreto ad imposta, ma, per effetto di un regime di carattere speciale previsto dal suo Stato di residenza, non sconta alcuna imposta, lo stesso potrebbe essere ugualmente considerato un soggetto “*liable to tax*” ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

A sostegno di questa distinzione tra assoggettamento formale e concreto, è stata basata anche una recente sentenza della Corte di Appello di Amsterdam del 15/02/2006²⁶.

2.3.2) Motivo del suo domicilio, residenza, sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga.

L'assoggettamento ad imposta che consente l'accesso ai benefici convenzionali deve conseguire, come abbiamo detto, dalla circostanza che il contribuente ha il proprio domicilio, la propria residenza, la sede di direzione o altro collegamento simile con lo Stato di cui è *resident* a fini convenzionali.

²⁵ Seminario dell'Internazional Fiscal Association nel 1985 Cfr. International tax problems of charities and other private institutions with similar tax treatment, denver, 1986.

²⁶ In Tax News Service, 2006, n.12.

Questi sono dei criteri che dovrebbero determinare l'assoggettamento ad imposta sui redditi mondiali, almeno con riferimento agli Stati che la prevedono.

I termini domicilio, residenza e sede di direzione non sono definiti dal Modello, quindi devono essere interpretati sulla base delle leggi dei singoli Stati contraenti, secondo quanto previsto dall'art. 3, par 2 del Modello, salvo che il contesto non richieda una interpretazione differente.

Quest'ultimo periodo sta a significare che un ordinamento può applicare qualsivoglia concetto di residenza, domicilio o sede dell'amministrazione tali da far sì che essi includano anche soggetti che non presentano un vero collegamento con il territorio.

I termini in questione potrebbero essere interpretati alla luce della normativa domestica degli Stati contraenti ma con alcune limitazioni legate (i) al contenuto ed alle finalità di una convenzione per evitare le doppie imposizioni e (ii) all'applicazione del principio della buona fede nell'interpretazione dei trattati di cui all'art. 31, paragrafo 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²⁷.

Tale interpretazione è ragionevole, dato che l'art. 4(1) richiama anche “*any other criterion of a similar nature*”, ossia qualsiasi altro criterio previsto dalla legge degli Stati contraenti che presenti le medesime caratteristiche dei tre criteri richiamati dalla norma.

Va precisato che le convenzioni per evitare le doppie imposizioni hanno la funzione di limitare la tassazione dello Stato della fonte e nella maggior parte dei casi è inutile che uno Stato si arroghi a torto il ruolo di Stato della residenza dato che le tie-breaker rules dei paragrafi 4(2) e 4(3) porterebbero alla sconfitta dello Stato con cui il contribuente non presenti un rapporto effettivo.

Detto questo, andiamo ora ad analizzare il ruolo dei tre criteri citati dal Modello OCSE (*residence, domicile, place of management*) ed il loro rapportarsi ai criteri previsti nella legislazione degli Stati contraenti.

²⁷ Si veda R. COUZIN, op. cit.,. *Sul ruolo della Convenzione di Vienna nell'interpretazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni* p. 135.

Una certa ambiguità deriva dal richiamo del “place of management” come criterio di collegamento per la tassazione mondiale, dal momento che l’art. 5 del Modello OCSE utilizza lo stesso termine come fattispecie esemplificativa di una stabile organizzazione.

Si deve ritenere che questo criterio debba essere dato rilievo come criterio di *residence* ai fini della Convenzione, soltanto nei casi in cui la sede di direzione comporti la tassazione mondiale dell’impresa e non nei casi in cui esso operi al fine di stabilire la tassazione come Stato della fonte (i.e. stato di ubicazione di una stabile organizzazione).

Se uno Stato prevede direttamente nella propria legge tributaria uno di quei criteri, allora si potrà subito affermare che tale Stato rispetta le condizioni previste dall’art. 4(1).

Quindi, dal momento che l’Italia utilizza il concetto di residenza ai fini fiscali, il quale – per quanto attiene alle persone fisiche – fa, a sua volta, riferimento alle nozioni di residenza e domicilio ai sensi del codice civile e all’iscrizione anagrafica.

Si potrà dire che un soggetto residente ai fini fiscali in Italia è “*liable to tax by reason of his residence*”, a prescindere dal fatto che la residenza fiscale possa essere stata desunta sulla base del criterio della residenza o del domicilio ai sensi del codice civile ovvero della residenza anagrafica.

Allo stesso modo, anche per le società, si considererà “*liable to tax by reason of its residence*”, una società che sia considerata residente ai fini fiscali in Italia, senza dovere andare ad indagare sulla natura dei criteri della sede legale, della sede dell’amministrazione o dell’oggetto principale e senza dovere verificare se tali criteri possano rientrare nel concetto di *place of management* o siano un “*other criterion of a similar nature*”.

Qualora, per contro, uno Stato non utilizzi uno dei tre criteri richiamati dal Modello OCSE per stabilire l’assoggettamento a tassazione mondiale degli

individui o delle società, si renderà necessario indagare sulla natura del criterio utilizzato e sulla possibilità di considerarlo un “*other criterion of a similar nature*”.

Ritengo che per “*other criterion of a similar nature*” si debba comunque intendere un criterio di collegamento (i) che comporti un certo collegamento fisico con il territorio dello Stato e (ii) che determini la tassazione del reddito mondiale o comunque la più ampia forma di tassazione prevista da quell’ordinamento.

La dottrina²⁸ si interroga se “*other criterion of a similar nature*” copra tutti i criteri che hanno la stessa funzione degli altri criteri menzionati nell’art. 4(1) (nel senso di determinare la più ampia forma di tassazione prevista da quell’ordinamento) o soltanto quei criteri che, oltre ad avere la stessa funzione di quelli menzionati, abbiano anche lo stesso contenuto (nel senso di essere criteri di tipo sostanziale invece che formale).

In conclusione è possibile affermare che, qualora uno Stato determini la residenza delle società sulla base di criteri diversi da quelli citati nell’art. 4, si tratterà di verificare se gli stessi possiedono tratti in comune rispetto ai criteri citati e possano essere considerati, pertanto criteri “*of a similar nature*”.

2.4) Art. 4 OCSE Regole per dirimere i conflitti di residenza tra stati contraenti.

Le Convenzioni che si ispirano al Modello OCSE si applicano nei confronti di un soggetto che sia *resident* di uno o entrambi gli Stati contraenti. In questa seconda ipotesi, tuttavia, la Convenzione prevede dei criteri attraverso i quali una soltanto delle due residenze finisce per prevalere.

Questo perché, ai fini di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni, soltanto uno degli Stati contraenti potrà essere considerato lo Stato di residenza ai fini dell’applicazione della stessa Convenzione.

²⁸ K.VAN RAAD, *Dual residence*, in *European Taxation*, 1988, p. 241

A tale scopo, i paragrafi 2 e 3 dell'art. 4 del Modello OCSE stabiliscono le cosiddette *tie-breaker rules*, ossia delle regole per dirimere i conflitti di residenza tra gli Stati contraenti.

L'articolo 4(2) opera al fine di stabilire lo Stato di residenza di un individuo, attraverso una serie di criteri volti a identificare sostanzialmente lo Stato che presenta, con quel determinato soggetto, il collegamento più stretto, identificato come il centro degli interessi vitali o il luogo della dimora abituale.

Con riferimento alle società e più in generale ai soggetti diversi dalle persone fisiche, la *tie-breaker rule* è alquanto più semplice dal momento che il paragrafo 3 dell'art. 4 prevede un unico criterio:

“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated”.

Come si evince dalla lettura della norma, l'effetto dell'art. 4(3) è soltanto quello di stabilire quale sia lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione di quella particolare Convenzione, privando in tal modo l'altro Stato della possibilità di assoggettare ad imposizione i redditi di quel soggetto rispetto ai quali non sia Stato della fonte.

Quindi, lo Stato “perdente” potrà assoggettare ad imposizione, soltanto quei redditi che si considerano prodotti in quello Stato sia in base alla sua legislazione interna e sia in base alle disposizioni della convenzione.

Infine, deve essere precisato che l'applicazione dell'art. 4(3) non determina il venir meno del diritto dello Stato “perdente” di considerare, ai soli fini domestici, la società come residente di quello Stato, ma soltanto, del suo diritto di assoggettare a tassazione il suo reddito mondiale.

L'art. 4, paragrafo 3, stabilisce, infatti, soltanto la residenza ai fini

dell'applicazione del trattato.

In linea teorica, l'effetto dell'art. 4(3) non dovrebbe influenzare i rapporti con altri Stati contraenti.

Pertanto, lo Stato perdente dovrebbe essere considerato lo Stato di residenza ai fini dell'applicazione di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni stipulata con uno Stato terzo.

Questa interpretazione, però, con le modifiche al Commentario del 2008, non appare più condivisa dall'OCSE, che disconosce la qualità di resident nei confronti di una persona che ha perso la residenza a favore di un altro Stato nel contesto di una convenzione per evitare le doppie imposizioni.

Un altro quesito che si è posto in dottrina è se il place of effective management debba essere interpretato (anche) in base alla legge interna dei due Stati contraenti ovvero se ad esso debba essere attribuito un significato autonomo e quindi indipendente dalla legislazione degli stessi.

Il dubbio origina dalla circostanza che il place of effective management non è definito nel Modello OCSE; conseguentemente, torna applicabile il paragrafo 2 dell'art. 3 il quale richiede che per l'interpretazione dei termini non ivi definiti sia necessario rifarsi al significato ad essi attribuito dalla legislazione degli Stati contraenti, salvo che il contesto del trattato non richieda un significato autonomo.

La risposta che la dottrina²⁹ si è data è a favore di un significato autonomo della locuzione “*place of effective management*”; giustificandola come caratteristica fondamentale della sua funzione di tie-breaker rule.

Infatti l'oggetto della discussione ha la funzione di risolvere un conflitto tra i due Stati contraenti che si è originato dall'interpretazione del termine “residente” da essi eseguita in base alle loro rispettive leggi interne e quindi l'interpretazione

²⁹ E. BURGSTALLER E K. HASLINGER, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospects*, in *Intertax*, Volume 32, 2004.

circa il significato e la portata del *place of effective management* non può essere dipendente e fare riferimento alle medesime leggi interne degli Stati contraenti che hanno creato il conflitto.

Operando diversamente la problematica rimarrebbe insoluta e la locuzione in esame sarebbe inadatta allo scopo per il quale è stata utilizzata; determinando come conseguenza la stessa doppia imposizione giuridica che le convenzioni si prefiggono di eliminare.

2.5) *Place of Effective Management.*

Il *place of effective management* è un concetto che nasce dalle relazioni degli esperti incaricati dal Segretario Generale della Lega delle Nazioni nel 1922.

Ma che tipo di sede di direzione è il *place of effective management*? La migliore dottrina risponde: la più effettiva possibile, quella che assume le decisioni e adotta le strategie più importanti.³⁰

Inoltre la dottrina, ritiene di ravvisare una sostanziale differenza tra “place of management” e “*place of effective management*”.

Infatti, mentre l’espressione “place of management” deve essere interpretata sulla base della legge domestica di ciascuno Stato contraente, il “*place of effective management*” dell’articolo 4(3) deve essere interpretato in modo autonomo rispetto alla legislazione domestica degli Stati contraenti come si è precedentemente anticipato.

Infatti quest’ultimo ha una funzione di tie-breaker rule per dirimere un conflitto tra gli Stati contraenti e quindi non è ragionevole che l’interpretazione di tale criterio non sia rimessa ai singoli Stati.

2.5.1) La Nozione di “sede effettiva di gestione” nel commentario al modello OCSE.

Prima di analizzare il significato attribuito alla nozione in questione ed ai fini di

³⁰ J.D.B. OLIVER, *Effective management*, in *British Tax Review*, 2001.

una maggiore comprensione nel contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni, andiamo ad effettuare una breve introduzione circa i relativi criteri ermeneutici ed il ruolo ascrivibile al Commentario in tale contesto.

Relativamente alla questione dell'interpretazione delle disposizioni dei trattati, dal principio di uguaglianza degli Stati contraenti discende che nessuno Stato è depositario della “corretta esegesi” delle stesse ed ha buon diritto di applicare le proprie interpretazioni se date in buona fede e se coerenti con le finalità e l'oggetto della convenzione oggetto di interpretazione.

I metodi di interpretazione dei trattati sono sostanzialmente riconducibili a tre scuole di pensiero.

In base alla prima (metodo soggettivo), nell'interpretare un trattato occorre investigare le volontà delle parti ricorrendo, ove necessario, alle posizioni e/o intenzioni espresse nel corso dei negoziati e nei lavori preparatori.

La seconda (metodo oggettivo), nell'interpretare un trattato occorre conferire prevalenza alla volontà dichiarata come risulta dal significato loro proprio delle parole utilizzate nel testo; infine, secondo la terza scuola di pensiero (metodo teleologico), nell'interpretare un trattato occorre fare riferimento al suo oggetto ed alle finalità a presidio delle quali esso è stato convenuto.

La Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati (la “Convenzione di Vienna”) ha dato prevalenza all'interpretazione soggettiva, integrata con il criterio teleologico, atteso che ai sensi dell'articolo 31 un trattato deve esser interpretato, in buona fede, in conformità al senso ordinario che deve essere attribuito alle espressioni utilizzate nel corpo del testo ed alla luce del suo oggetto e del suo fine.

Quindi avremo che il procedimento interpretativo deve necessariamente muovere dal testo scritto che esprime il significato ed il risultato voluto dalle parti costituendone l'espressione autentica ed immediata delle volontà, secondo il senso comune da attribuirsi alle relative espressioni letterali.

Inoltre queste espressioni debbono essere interpretate unitamente all'insieme delle altre disposizioni del trattato, tenendo cioè conto del suo contesto³¹ il quale comprende, oltre al preambolo ed agli allegati, ogni altro accordo relativo al trattato.

Ciò premesso, diviene a questo punto utile verificare quale sia, il ruolo del Commentario nell'interpretazione e nell'applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Si vuole, in altri termini, accertare se ed eventualmente in quale misura le specificazioni contenute nel Commentario possano avere un rilievo in tema di interpretazione del Modello OCSE così come il loro diverso contenuto nel corso del tempo.

Relativamente all'argomento in analisi la Suprema Corte di Cassazione ha più volte³² espressamente sancito il "valore non normativo" e quindi la natura non vincolante delle disposizioni del Commentario "*che costituisce al più una raccomandazione e, in quanto tale, non vincolante, diretta ai Paesi aderenti all'OCSE*"³³.

Ammesso che è privo di un valore cogente, la stessa Corte di Cassazione ha più volte, esplicitamente ovvero implicitamente, riconosciuto il Commentario come uno strumento utile nell'interpretazione delle disposizioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni ad esse conformi avendo fatto ad esso ripetutamente riferimento nelle motivazioni delle proprie decisioni.

Parte della dottrina³⁴ sostiene che il Commentario rientra nell'alveo dei mezzi primari di interpretazione quale "...accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato" di cui all'art. 31, comma 2. Tale tesi desta qualche perplessità atteso che tale tipologia

³¹ Ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della Convenzione di Vienna: "Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, il preambolo e gli allegati ivi compresi:

a) ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato;

(b) ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato."

³² Ex pluribus Cass. Civ., sez. trib., 15 febbraio 2008 n. 3889.

³³ Cass., sez. trib., 15 febbraio 2008 m. 3889.

³⁴ K. VAN RAAD, *Interpretatie van belastingsferdragen*, in *Maandblad Belasting-Beschouwingen*, 1978,

di accordi presuppone la contestualità con la stipulazione del trattato³⁵.

Altra dottrina³⁶ sostiene che il Commentario costituisca un mezzo primario di interpretazione (ex art. 31 della Convenzione di Vienna) delle convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati aderenti all'OCSE poiché detti Stati avrebbero l'obbligo di adottare il Modello OCSE in base alle regole di funzionamento di tale organizzazione.

In realtà, si è visto in precedenza che la raccomandazione adottata dal Consiglio dell'OCSE in data 23 ottobre 1997 non costituisce per gli Stati aderenti un vincolo di tipo legale; ne consegue la mancanza di alcun valore precettivo della Raccomandazione e quindi del rilievo della tesi che ad essa fa riferimento.

Se, come visto, la relazione tra il Commentario OCSE e la natura di mezzo primario di interpretazione ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna è, al contempo, proposta e criticata dalla dottrina, esiste un consenso sulla sua qualificazione quale mezzo complementare di interpretazione ai sensi dell'articolo 32 della medesima convenzione poiché le esemplificazioni ivi riportate non hanno una natura esaustiva bensì esemplificativa.

Ne consegue che il Commentario può validamente costituire uno strumento interpretativo laddove l'interpretazione delle convenzioni ai sensi dell'articolo 31 “lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole”.

Va comunque rilevato che, nonostante le incertezze e le perplessità sollevate dalla dottrina circa la possibilità di classificare il Commentario all'interno dei mezzi primari o complementari di interpretazione dei trattati e la sua natura in relazione agli stessi, esista un generale consenso nella dottrina internazionale nel considerare il Commentario quale “contesto” rilevante nell'interpretazione dei trattati, considerandolo anche con un elevato valore di indirizzo.

Una problematica strettamente collegata a quella appena trattata, è quella relativa

³⁵ S.BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986.

³⁶ KLAUS VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, Londra, 1997.

a stabilire se nell'interpretare un certo trattato si possa utilizzare soltanto il Commentario vigente al momento della conclusione del trattato, c.d. interpretazione "static", o anche versioni successive, c.d. interpretazione "ambulatory"³⁷.

Il Commentario, relativamente alla questione, sembra adottare il cd. *ambulatory approach*³⁸; questa posizione è criticata ad opera di parte della dottrina e della giurisprudenza ricordata, soprattutto quando impone delle interpretazioni restrittive che riducono, di fatto, l'ambito di applicazione del Modello e quindi, in ultima istanza, comprimono i diritti dei destinatari.

Sul punto la dottrina e la giurisprudenza internazionale sono divise. Da un parte, vi è chi sostiene l'applicabilità del c.d. *ambulatory approach* in base al quale l'interpretazione dei trattati internazionali deve avvenire sulla base delle circostanze e dei chiarimenti esistenti al momento in cui le disposizione della Convenzione viene applicata; dall'altra parte, vi è chi propende per l'applicabilità del c.d. *static approach*, in base al quale l'interpretazione dei trattati internazionali deve avvenire sulla base delle circostanze e dei chiarimenti esistenti al momento in cui la Convenzione è stata conclusa.

La tesi del c.d. *ambulatory approach* parrebbe essere sostenuta da autorevole dottrina internazionale³⁹ con riguardo, tuttavia, ad alcune specifiche fattispecie. Tale dottrina suddivide le modifiche introdotte da un Commentario Posteriore in quattro categorie:

- a) Quelle che colmano una lacuna esistente nel Commentario in vigore antecedente le modifiche mediante l'inserimento di fattispecie non precedentemente previste;
- b) Quelle che chiariscono alcune fattispecie attraverso la semplice aggiunta di nuovi esempi ovvero di argomenti già presenti nel Commentario;
- c) Quelle che recepiscono quanto la prassi attuata dagli Stati contraenti e

³⁷ K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 64 m. n. 124c ss.

³⁸ Cfr. paragrafi da 33 a 36.1 della Introduzione al Commentario.

³⁹ D.A Ward, *The interpretation of income tax treaties with particular referenced to the commentaries on the OECD Model*, Kingston (Ontario), IFA 2005, cap. 6.

pertanto già accettata;

- d) Quelle che contraddicono e, di conseguenza, superano quanto previsto dal Commentario esistente.

Nel caso sub (a) vi sarebbe scarso (se non addirittura nullo) fondamento giuridico per l'uso del Commentario Posteriore.

Nel caso sub (b) il Commentario Posteriore può assumere rilevanza quale interpretazione dell'OCSE del significato di una particolare disposizione del Modello OCSE.

Nel caso sub (c) la prassi adottata dagli Stati contraenti e recepita nel Commentario può produrre gli effetti nell'ambito dei rapporti tra le parti contraenti a condizione che entrambe le parti contraenti abbiano adottato tale prassi; tali modifiche rappresentano, pertanto, un accordo tra gli Stati contraenti riguardo l'interpretazione della Convenzione e non un effettivo cambiamento all'interno della Convenzione stessa.

Nel caso sub (d) un Commentario Posteriore che contraddice (e quindi supera) le precedenti interpretazioni non dovrebbe mai essere considerato quale strumento interpretativo delle Convenzioni esistenti.

Possiamo quindi affermare che il Commentario Posteriore che (i) rappresenta una corretta interpretazione del Modello OCSE, (ii) le cui interpretazioni chiaramente derivano dal testo del Modello stesso e che (iii) non si pone in contrasto con le interpretazioni fornite dal Commentario esistente al momento in cui la specifica Convenzione è stata stipulata, possa essere considerato quale strumento interpretativo emanato dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE del significato di una particolare disposizione del Modello OCSE; tuttavia, esso non può essere considerato come strumento interpretativo predisposto dagli Stati contraenti con specifico riguardo alla singola Convenzione da essi stipulata.

La principale critica alla possibilità di considerare il Commentario Posteriore quale valido strumento interpretativo della Convenzione deriva dalla circostanza

che la Convenzione di Vienna considera esclusivamente gli accordi successivamente intervenuti fra le parti contraenti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni e qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato, attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo⁴⁰.

Inoltre, potrebbe verificarsi che le parti contraenti (ovvero anche una soltanto di esse) della singola Convenzione siano Stati che non appartengono all'OCSE.

Da ciò consegue che le modifiche e le integrazioni introdotte nel Commentario non potrebbero essere considerate come un accordo (successivo) e quindi vincolante (ovvero rilevante per) gli Stati contraenti.

Senza voler in questa sede approfondire ulteriormente il confronto di opinioni che sussiste nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza circa l'applicazione di uno o l'altro metodo, si vuole però ricordare come il Commentario sembra adottare il cd. *ambulatory approach* laddove afferma “le modifiche agli articoli del Modello di Convenzione e i cambiamenti apportati ai Commentari che sono direttamente connessi a tali modifiche, non devono essere tenuti in considerazione per l'interpretazione o l'applicazione di convenzioni concluse in precedenza laddove le disposizioni di quelle convenzioni differiscano sostanzialmente dagli articoli modificati. Tuttavia, tutte le altre modifiche o aggiunte ai commentari sono normalmente rilevanti per l'interpretazione e l'applicazione di convenzioni concluse prima dell'adozione di tali modifiche o aggiunte in quanto esse riflettono il consenso degli Stati membri dell'OCSE in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni esistenti e della loro applicazione a situazioni specifiche”⁴¹.

Sintetizzando il contenuto di quanto sopra riportato, si può affermare che non esista una unanimità di opinioni sul valore interpretativo del Commentario sia esso anteriore ovvero posteriore alla stipula della singola Convenzione.

⁴⁰ Cfr. articolo 31(3) della Convenzione di Vienna.

⁴¹ Cfr. paragrafi da 34 a 36.1 della Introduzione al Commentario. Il testo indicato è tratto dalla traduzione a cura di G. MAISTO, *Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2004.

Possiamo inoltre affermare che i principi forniti dal Commentario, qualora non siano manifestamente in contrasto con (ovvero espressamente derogati da) disposizioni contenute nella singola Convenzione, possono essere utilmente applicati nella sua interpretazione.

Poiché dal 1997 le posizioni di alcuni Stati non membri dell'OCSE sono state incluse nel Commentario si potrebbe, altresì, argomentare che se le Convenzioni stipulate da tali Stati sono conformi al Modello OCSE e gli stessi non hanno espresso specifiche posizioni sia con riferimento allo stesso che al Commentario, allora anche tali Stati concordano con le disposizioni contenute nel Modello OCSE e con le precisazioni del Commentario quale strumento interpretativo delle disposizioni pattizie.

Alla luce di quanto affermato, si potrebbe sostenere che le interpretazioni fornite dal Commentario Posteriore possano essere considerate un utile strumento interpretativo delle singole Convenzioni qualora (i) queste ultime siano conformi al Modello OCSE ed (ii) entrambi gli Stati contraenti non abbiano espresso la propria volontà di non aderire alle interpretazioni proposte nel corso delle negoziazioni delle modifiche al Commentario.

Infine relativamente al ruolo del Commentario (anche del Commentario Posteriore) sull'interpretazione delle disposizioni di una Convenzione in cui (almeno) una delle parti contraenti sia uno Stato non membro dell'OCSE, e quindi privo della facoltà di esprimere la propria posizione circa il Modello OCSE ed il Commentario, si è dell'opinione che lo stesso non abbia il valore ermeneutico indicato in precedenza, neanche sotto una prospettiva consuetudinaria.

In senso conforme, ancorché in merito al ruolo del Commentario Posteriore, si è espressa parte della dottrina internazionale⁴².

Pertanto, sebbene con il consueto stile ellittico che contraddistingue l'OCSE, il Commentario del 2000 sembra fornire un'indicazione chiara circa il significato

⁴² F.ENGELEN in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, op. cit, 51-72 a p. 71.

di *place of effective management* (cioè a dire il luogo in cui si assumono le alte decisioni di carattere strategico o gestionale). Esso, inoltre, appare (giustamente) molto più possibilista in merito alla sua identificazione con il luogo di riunione del consiglio di amministrazione rimandando tuttavia ad un'analisi fattuale caso per caso ed esprime l'unica certezza con riferimento al fatto che “*an entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*”.

Questa conclusione, tuttavia, contrasta con quanto affermato dal Technical Advisory Group (TAG) della stessa OCSE con riferimento all'impatto delle nuove tecnologie sul *place of effective management*.⁴³

In tale documento, infatti, il TAG afferma che l'evoluzione delle telecomunicazioni rende inutile la compresenza nello stesso luogo delle persone, il che può avere un certo impatto sulle *tie-breaker rules*. Qualora, infatti, gli amministratori di una società adottino le loro decisioni durante una conferenza telefonica mentre si trovano in Stati diversi, può essere difficile individuare il *place of effective management* della società.

Ed ancora, la facilità dei trasporti può determinare una ubicazione itinerante, o quantomeno, non così stanziale come in passato l'ubicazione del *place of effective management*.

Lo stesso vale nel caso in cui le decisioni vengano assunte da persone che viaggiano continuamente e da un consiglio di amministrazione che si incontra in luoghi di volta in volta diversi.

Attraverso il *Discussion Draft* del 2001, l'OCSE⁴⁴, ha evidenziato che le nuove tecnologie rischiano di rendere più difficile l'individuazione della residenza fiscale delle società, soprattutto qualora gli Stati riconducano la residenza al

⁴³ Cfr. OECD, *The impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie breaker rule*, cit., paragrafi 34 ss. Nello stesso senso nella dottrina italiana A. M. GAFFURI – S. COVINO, *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, p. 78.

⁴⁴ Cfr. il Discussion Paper dell'OCSE, *The impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie breaker rule*, cit., paragrafo 34.

criterio della sede dell'amministrazione.

È evidente, infatti, che la possibilità di tenere consigli di amministrazione in video o in teleconferenza – con ciascuno dei consiglieri che partecipa dal proprio Stato di residenza (magari in Stati diversi) – renda assai difficile l'individuazione del luogo dove si “tiene” il consiglio.

La dottrina⁴⁵ ha quindi proposto di individuare criteri interpretativi di carattere sussidiario, quali ad esempio di dare prevalenza al luogo in cui si trova il presidente del consiglio di amministrazione, sull'assunto che quello sia il luogo in cui si trova il centro propulsivo dell'attività gestionale.

Emerge dunque l'esigenza di superare l'unicità del criterio della sede dell'amministrazione, inteso come il luogo dove si riunisce il consiglio.

Si potrebbe allora dare rilievo al luogo dove si trovano e svolgano le loro funzioni i soggetti a cui siano state delegate una parte significativa delle funzioni del consiglio di amministrazione.

Così facendo, riusciremmo a recuperare l'originale valenza del criterio della sede dell'amministrazione, inteso come luogo da cui promanano le decisioni fondamentali per la vita dell'impresa.

Considerazioni analoghe possono essere fatte valere anche per il criterio del “*place of effective management*” adottate dal Modello OCSE che abbiamo assunto coincidere sostanzialmente con quello della sede dell'amministrazione.

In conclusione l'OCSE, anche in considerazione delle divisioni degli Stati membri in relazione all'effettivo significato da ascrivere all'espressione “*place of effective management*”, non si è prevenuti ad una posizione definitiva in merito alle conseguenze imposte dalla rivoluzione tecnologica delle telecomunicazioni al concetto spaziale sotteso a tale locuzione.

Nondimeno, se da un punto di vista teorico è indubbio che le nuove tecnologie

⁴⁵ A. M. GAFFURI – S. COVINO, cit., p. 78.

possano idealmente consentire di dematerializzare il “*place of effective management*”, è altresì indubbio che nella realtà (sia quella dei grandi gruppi che delle società di più modeste dimensioni), le decisioni strategiche continuano ad essere assunte nell’ambito di luoghi fisici e non di spazi virtuali creati dalle tele-video conferenze.

Quindi, l’impatto delle nuove tecnologie rappresenta più una sfida sul piano concettuale che sul piano della realtà.

Le nuove tecnologie hanno indubbiamente limitato la necessità di effettivi spostamenti da parte del top management ovvero dei membri del consiglio di amministrazione (qualora differenti dai primi). Tuttavia, le decisioni strategiche, quelle cioè qualificanti la nozione di “*place of effective management*” continuano ad essere, in realtà, assunte nel contesto di riunioni effettive e non virtuali.

In conclusione, si è dell’opinione che le nuove forme di telecomunicazione non abbiano alterato la realtà di gestione delle società in una misura tale da far considerare arretrate le varie interpretazioni della espressione “*place of effective management*”.

Successivamente, nel 2003 il TAG dell’OCSE ha predisposto due *Discussion Draft* i quali, sebbene non abbiano mai portato ad effettive modifiche del Commentario, sono tuttavia utili ai fini di una migliore comprensione del significato da attribuire alla locuzione “*place of effective management*”.

Infatti, nel *Discussion Draft* del 27 Marzo 2003⁴⁶, sono elaborate due proposte che incidono sia sul concetto di *place of effective management* sia sul suo ruolo all’interno dell’art. 4, paragrafo 3. La prima proposta, intitolata “Refinement of the *place of effective management* concept” intende rielaborare la nozione di *place of effective management* contenuta nel Commentario. La seconda,

⁴⁶ Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits (“TAG”), Discussion Draft – Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention, 27 May 2003.

intitolata “Hierarchy of tests” incide direttamente sul Modello OCSE, ristrutturando il testo dell’art. 4, paragrafo 3, e creando una serie di *tie-breaker rules* che operano secondo un ordine gerarchico, analogamente all’art. 4, paragrafo 2 per gli individui.

Quest’ultima proposta contiene in sé anche la prima, avente ad oggetto il chiarimento sul concetto di “*place of effective management*” e l’esame di alcuni casi tipici di consiglio di amministrazione svuotato di poteri di gestione effettiva. La seconda proposta, tuttavia, alterando sostanzialmente l’attuale impostazione delle *tie-breaker rules*, impone una modifica non soltanto al Commentario, ma anche al Modello OCSE.

Come noto vi è una sostanziale differenza tra modificare il Commentario e modificare il Modello. La dottrina, infatti, sottolinea che le modifiche del Commentario possono avere efficacia immediata, mentre le modifiche al Modello potranno avere efficacia soltanto con riferimento a quei trattati che siano stati conclusi dopo le modifiche e che le abbiano recepite. In altri termini, le modifiche al Modello OCSE richiedono decenni prima di affermarsi nella prassi degli Stati. Questi autori arrivano, pertanto, ad affermare che “*changing the OECD Commentary is preferable to changing the Model Convention*”⁴⁷.

Negli ultimi anni (a partire dal 1992) l’OCSE ha cercato di accrescere l’autorità del Commentario nell’interpretazione delle convenzioni.⁴⁸

In seguito alle suddette implementazioni, agli occhi del Commentario OCSE, le modifiche apportate al Commentario dovrebbero trovare applicazione immediata anche ai trattati conclusi prima della loro introduzione, perché esse riflettono il consenso degli Stati membri dell’OCSE su quel particolare punto.

L’unica eccezione – secondo il Commentario – vale per il caso in cui le modifiche al Commentario siano diretta conseguenza delle modifiche apportate

⁴⁷ La citazione – di HELMUT LOUKUTA al Convegno IFA di Eilat – è riportata da K. VOGEL, *The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 612.

⁴⁸ Riferimento ai paragrafi 33 ss. dell’introduzione al Commentario

al Modello. In tal caso le nuove disposizioni del Commentario troverebbero applicazione soltanto nei confronti dei trattati conclusi utilizzando la nuova formulazione del Modello.

La tesi secondo cui le modifiche al Commentario sarebbero applicabili retroattivamente alle convenzioni già concluse non è immune da critiche. In particolare si rileva⁴⁹ che i cambiamenti al Commentario possono ritenersi immediatamente applicabili anche ai trattati conclusi prima della loro introduzione soltanto qualora si tratti di cambiamenti di natura prettamente formale.

Qualora i cambiamenti rivestano una natura sostanziale, per contro, l'OCSE non potrebbe imporre la sua interpretazione come quella corretta e, dunque, applicabile anche con effetto retroattivo ai trattati già conclusi, dal momento che il Commentario è semplicemente uno strumento di ausilio interpretativo, non vincolante.

Fatte queste premesse, possiamo passare all'esame delle due proposte.

La prima proposta, come anticipato, intende includere nuovi e più precisi criteri per l'individuazione del "*place of effective management*".

Le modifiche proposte intervengono sul punto relativo al fatto che il *place of effective management* si trova, di solito, nel luogo dove le persone che gestiscono la società si riuniscono e assumono le decisioni fondamentali per la vita della stessa.

Secondo la proposta di modifica, tuttavia, ci sono casi in cui le decisioni sono prese da soggetti diversi e in un luogo diverso da quello in cui le decisioni sono formalmente assunte.

Qualora le decisioni sono formalmente assunte nel consiglio di amministrazione e questo si tiene in uno Stato diverso da quello in cui le decisioni sono sostanzialmente assunte, la proposta di modifica del Commentario suggerisce che

⁴⁹ Così K. VOGEL, *The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation*, cit., p. 612.

il “*place of effective management*” sia individuato nel luogo dove le decisioni sono assunte nella sostanza, non formalmente.

Qualora, invece, il soggetto che controlla la società assume esso stesso le decisioni per la controllata, il “*place of effective management*” si troverà nel luogo in cui vengono assunte le decisioni essenziali della controllante. Affinché il “*place of effective management*” della società sia attratto dal luogo in cui vengono assunte le decisioni della controllante, è necessario che il soggetto controllante eserciti un’influenza e assuma delle decisioni che vanno oltre le funzioni di coordinamento tipico della capogruppo.

Quando, invece, il consiglio di amministrazione della società approva praticamente automaticamente le decisioni assunte dai dirigenti della società, il luogo in cui tali dirigenti svolgono la loro funzione può assumere rilevanza ai fini della determinazione del *place of effective management*.

La seconda proposta prevede la modifica del testo dell’articolo 4, paragrafo 3 (e del relativo Commentario), al fine di inserire una gerarchia di test non dissimile da quella già prevista dall’articolo 4(2) per le persone fisiche. Questa seconda proposta, inoltre, riproduce integralmente anche le aggiunte al paragrafo 24 del Commentario.

Il *Discussion Draft* prevede quattro *tie-breaker rules* con tre diverse opzioni circa il loro contenuto.

“3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then its status shall be determined as follows:*

- a) *it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated;*
- b) *if the State in which its place of effective management is situated cannot be determined or if its place of effective management is in neither State, it shall be deemed to be a resident only of the State*

[OPTION A: with which its economic relations are closer]

[OPTION B: in which its business activities are primarily carried on]

[OPTION C: in which its senior executive decisions are primarily taken].

- c) *if the State [with which its economic relations are closer] [in which its business activities are primarily carried on] [in which its senior executive decisions are primarily taken] cannot be determined, it shall be deemed to be a resident of the State from the laws of which it derives its legal status;*
- d) *if it derives its legal status from neither State or from both States, or if the State the State from the laws of which it derives its legal status cannot be determined, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement.”*

Le modifiche all'articolo 4(3) impongono la riformulazione del relativo Commentario (paragrafi 21-24)⁵⁰. Il testo proposto include anche le ridefinizioni del concetto di *place of effective management* esaminate nel paragrafo precedente.

In sostanza il TAG, oltre a riproporre i medesimi chiarimenti del concetto di *place of effective management* già esaminati nella prima proposta, propone di modificare radicalmente l'art. 4(3) del Modello OCSE inserendo un sistema di regole simile a quello già previsto dall'art. 4(2).

Come si è già avuto modo di rilevare il primo criterio resta quello del *place of effective management*.

Rispetto al passato, si prende in considerazione la possibilità che tale criterio non sia conclusivo. In particolare, si ipotizza che il *place of effective management* non si trovi in alcuno degli Stati contraenti o che esso non possa essere individuato (ad esempio perché esistono due *place of effective management*).

⁵⁰ Si veda il commentario ai paragrafi citati.

Il TAG non prende posizione sul secondo criterio, destinato ad operare in caso di mancata risoluzione del conflitto di residenza in base al criterio del *place of effective management*, ma presenta tre opzioni di criteri possibili, invitando a formulare suggerimenti su quale sia il migliore, eventualmente utilizzando anche gli altri in successione.⁵¹

In particolare si prevede che la società debba essere considerata residente nello Stato:

- i) con cui la società presenta le relazioni economiche più strette;
- ii) in cui le sue attività d'impresa sono svolte in via principale;
- iii) in cui sono assunte le decisioni strategiche.

Analizzando attentamente i tre criteri alternativi proposti per supplire all'insufficienza del *place of effective management*, si può notare che ciascuno di essi presenta qualche caratteristica dello stesso *place of effective management*.

Per quanto riguarda la prima opzione – che pone la residenza nello Stato in cui la società ha le relazioni economiche più strette – si sottolinea che essa presenta molte analogie con il test basato sul luogo che presenta il collegamento economico più stretto con la società (“*where the economic nexus is strongest*”) che l’OCSE già nel 2001 aveva suggerito potesse essere inserito nell’articolo 4, paragrafo 3 del Modello. Inoltre, questa opzione presenta anche notevoli contatti con il criterio dell’oggetto principale adottato dall’art. 73 TUIR.

All’oggetto principale si avvicina anche la seconda opzione che radica la residenza convenzionale nello Stato in cui le attività d'impresa sono svolte in via principale. A tal riguardo ci si domanda come quantificare l’attività d'impresa svolta nei diversi Stati, se in termini qualitativi o quantitativi o un misto tra

⁵¹ Secondo L. HINNEKENS, Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule, in Intertax, 2003, p. 318 non è chiaro se il Working Party no. 1 sceglierà una soltanto delle opzioni da far approvare all’OCSE o presenterà il testo con le tre opzioni, lasciando che gli Stati contraenti adottino nelle singole convenzioni la formula ritenuta di volta in volta preferibile (come già accade ora con l’art. 23A e B sui metodi di eliminazione della doppia imposizione).

questi.⁵²

Alcuni membri del TAG sembrano mostrare una preferenza per il terzo criterio – quello che peraltro secondo l’attuale formulazione del Commentario rappresenta, nella maggior parte dei casi, il *place of effective management*.

Qualora anche tali criteri non consentano di pervenire all’individuazione dello Stato di residenza ai fini della Convenzione, il TAG suggerisce di considerare l’ente residente nello Stato da cui deriva il proprio status legale. Si tratta, come è evidente, di un criterio omologo a quello della cittadinanza stabilito, per gli individui, dall’art. 4(2)(c).

Qualora anche tale criterio dovesse risultare inservibile, il TAG rimette la soluzione del conflitto ad una procedura amichevole tra gli Stati contraenti, analogamente a quanto previsto dall’art. 4(2)(d) per gli individui.

È interessante notare che il TAG prende coscienza del fatto che talvolta non soltanto il *place of effective management* non riesca ad essere individuato, ma possa anche essere ravvisato in uno Stato che non è uno degli Stati contraenti a causa della globalizzazione dell’economia moderna e della varietà dei criteri per la determinazione della residenza previsti dagli Stati.

Nel 2008 l’OCSE modifica, in senso regressivo, il Commentario al paragrafo 3 dell’articolo 4 in commento in un modo, se possibile, da rendere ancora più incerto il significato attribuibile alla locuzione “*place of effective management*”.

La prima importante modifica è stata quella di eliminare il riferimento al consiglio di amministrazione come “luogo” a cui normalmente attribuire il significato di “*place of effective management*”. Tale elisione, quindi, segna una “vittoria” degli Stati di *civil law* che non avevano mai totalmente condiviso l’approccio anglosassone volto ad attribuir (quasi) esclusivo rilievo al luogo di riunione del consiglio di amministrazione al fine di identificare il “*central management and control*” (*rectius*, il “*place of effective management*”).

⁵² Cfr. anche il commento al Discussion Draft del 2003 del Chartered Institute of Taxation (CIOT).

Sotto questa prospettiva, quindi, tale elisione riporta il Commentario alla situazione di incertezza del 1992 (i.e. prima delle modifiche del 2000). In aggiunta e, se possibile, per complicare ulteriormente la situazione, il Commentario inserisce il paragrafo 24.1 laddove viene riconosciuta (alla luce della prassi pattizia degli Stati membri) la possibilità di prevedere, in sostituzione al concetto di “*place of effective management*”, il ricorso ad un accordo tra le autorità competenti degli Stati contraenti.

Tornando quindi indietro di oltre cinquant'anni laddove nei lavori del Working Party n. 2 dell'OCEE era prevista la possibilità di un accordo tra le autorità competenti al fine di determinare la residenza ai fini convenzionali del “residente”.

Nondimeno, nel corso dei lavori dell'OCEE l'accordo tra le autorità competenti degli Stati contraenti era in aggiunta al criterio del “*central management and control*” mentre quello previsto oggi dal Commentario è in sostituzione del criterio del “*place of effective management*”.

Inoltre, analizzando gli elementi ai quali dovrebbero fare riferimento le autorità competenti degli Stati contraenti per determinare la residenza ai fini convenzionali di una società, non si può non notare come gli stessi contengano un mix di variabili del tutto eterogeneo che di certo non aiuta a sciogliere l'incertezza.

Da una parte, infatti, viene fatto riferimento al luogo in cui si riuniscono normalmente gli amministratori della società, con ciò supportando la tesi di matrice anglosassone tale per cui la società è residente nello Stato in cui viene esercitata la più elevata forma di gestione strategica e di controllo.

Dall'altra, è citato il criterio del luogo in cui normalmente il top management esercita le proprie prerogative gestionali, certamente collegate alla dimensione strategica della società ma ad un livello più basso di quella di pertinenza del consiglio di amministrazione e maggiormente improntato all'alta direzione della società.

Tale ultimo criterio quindi è maggiormente coerente con l'impostazione degli Stati di *civil law*.

Ed ancora, rilievo viene attribuito a livelli di gestione ancora più bassi di quelle ordinariamente esercitati da top management fino addirittura a menzionare il luogo in cui sono tenute le scritture contabili.

Ed infine, viene anche fatta una menzione alla teoria dello Stato di costituzione che mai aveva trovato, in passato, legittimità nei lavori del London Model, dell'OCEE e dell'OCSE. In ogni caso, i criteri dianzi riportati non sono esaustivi ed è ovviamente facoltà degli Stati contraenti aggiungerne degli altri.

Possiamo concludere che la situazione è assolutamente complessa e priva di qualsivoglia indicazione chiara che consenta di delineare un principio al quale rifarsi nella determinazione del significato della locuzione "*place of effective management*".

Tale complessità origina altresì dalla tendenza da parte degli Stati di interpretare i trattati in base alla propria legislazione interna con la conseguenza che essi sono naturalmente inclini ad "importare" nell'ambito della interpretazione delle disposizioni del trattato, istituti proprie del loro diritto interno, quali, nella fattispecie, il concetto di residenza.

Ciò, ad evidenza, crea un cortocircuito in ragione della funzione attribuita alla *tie-breaker rule*.

In seguito alla ricostruzione storica appena affrontata, del termine "*place of effective management*" è opportuno avanzare alcune considerazioni.

È indubbio che essa tragga origine dal concetto di "*central management and control*" di matrice inglese. E' altresì indubbio che, nell'ambito di tale sistema giuridico, al concetto di "*central management and control*" in ambito tributario sia stato sempre associato il più alto livello decisionale.

Nell'ambito dei lavori dell'OCEE fino al terzo rapporto del *Working Party* n. 2,

il riferimento era al concetto di “central management and control”. E’ stato altresì chiarito come il cambio di locuzione, da “*central management and control*” a “*place of effective management*”, non abbia minimamente inteso modificare il (ovvero sia stata la conseguenza di una modifica dei principi sottesi al) significato ascrivibile a tale espressione.

Pertanto, nelle intenzione degli estensori del *Working Party* n. 2 e quindi dell’OCEE, in caso di doppia residenza, la società avrebbe dovuto essere residente nello Stato in cui era ubicato il proprio “*central management and control*” (rectius, il proprio “*place of effective management*”).

In altri termini, la società era da intendersi residente nello Stato in cui venivano assunte le decisioni più importanti e di alto profilo che riguardavano la gestione della società nel suo insieme e non le decisioni che riguardavano la stessa nelle sue articolazioni o profili operativi.

Questa impostazione, nasce, come visto dalla giurisprudenza inglese in tema di competenza giurisdizionale dei tribunali delle varie contee.

In tale contesto, traendo spunto dal caso delle società di trasporto ferroviario, essa ebbe modo di concludere in ragione della competenza a favore della contea ove era ubicato il “*central management and control*” della società, inteso come luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche inerenti alla gestione ed al funzionamento della società nel suo complesso piuttosto che nei singoli luoghi in cui essa trova concreta esecuzione, quali ad esempio le singole stazioni ferroviarie.

In altri termini, il luogo ove è ubicato il “*central management and control*” della società è il luogo in cui è localizzato il centro decisionale e di controllo delle attività di impresa esercitate dalla società piuttosto che il luogo di esercizio delle stesse.

Tale ultimo luogo, certamente richiede un’attività decisionale e di controllo ma, altrettanto certamente, essa è di livello qualitativo più basso rispetto a quello

della sede centrale, investendo unicamente le attività di quella particolare articolazione produttiva, piuttosto che della società nel suo complesso.

Questo concetto era, come visto nella ricostruzione storica in precedenza riportata, assolutamente pacifico e condiviso sia nel Regno Unito sia in tutti gli Stati membri dell'OCEE (e successivamente dell'OCSE). Tale era la consapevolezza che in sede di lavori preparatori (OCEE), acclarata dal delegato inglese la identità dei concetti sottesi alle due locuzioni, "*central management and control*" e "*place of effective management*", gli estensori propendevano per la seconda.

Come espressamente indicato, tale preferenza trovò esclusiva giustificazione in ragioni di carattere sistematico e di omogeneità redazionale essendo essa già utilizzata (con il medesimo significato) nell'articolo che disciplina la tassazione del trasporto internazionale.

In tale contesto, le autorità inglesi riconoscono che un approfondimento sul significato delle due locuzioni deve essere effettuato alla luce delle interpretazioni proprie, da una parte, degli Stati di common law e, dall'altra, degli stati di *civil law*.

Ebbene, le autorità fiscali inglesi affermano che, in alcune circostanze, le due locuzioni sono portatrici di significati differenti. In particolare, essi affermano che la locuzione "*central management and control*" è normalmente rivolta al più alto livello gestionale e strategico della società ("*highest level of control of the business of a company*") mentre il "*place of effective management*" è normalmente inteso come il luogo in cui viene effettivamente gestita l'impresa.

Un esempio abbastanza estremo, è quello di una società le cui attività di impresa sono gestite all'estero da managers, i quali sono titolari dell'autorità di assumere decisioni di assoluta importanza con riferimento ai più ampi aspetti relativi alla gestione delle attività di impresa; tuttavia, il potere di assumere decisioni strategiche inerenti alla direzione della società nel suo complesso (la quale si pone quindi ad un livello di astrazione maggiore rispetto alle attività di impresa

da essa esercitate) è nelle mani di consiglieri di amministrazione non esecutivi (cioè a dire non coinvolti nella gestione della attività di impresa). In tale circostanza, concludono, le autorità fiscali inglesi si può manifestare una divaricazione tra il “*central management and control*” che risulta ubicato laddove gli amministratori non esecutivi assumono le loro determinazioni inerenti alla direzione della società nel suo complesso ed il “*place of effective management*” che è ubicato laddove il top management della società assume le proprie determinazioni inerenti alla gestione delle attività di impresa.

Alla luce di tale presa di posizione, le autorità fiscali inglesi confermano la propria visione in forza della quale la residenza fiscale ai fini inglesi è nello Stato in cui è ubicato il “*central management and control*”.

Nel merito di quanto riportato non può non osservarsi come l’intera ricostruzione poggi sulla dicotomia, propria del diritto societario e della realtà economica anglosassone, tra il ruolo del consiglio di amministrazione ed il ruolo dell’alta direzione aziendale (top management).

Al top management della società, è demandato il ruolo di assumere decisioni strategiche relative alla gestione delle attività di impresa esercitate dalla società. Al consiglio di amministrazione (“*board of directors*”), invece, sono demandate le funzioni di controllo sull’operato del top management nonché di indirizzo strategico della società, senza alcuna forma di diretta ingerenza nella gestione delle sue attività.

Questa netta distinzione, nella realtà e nella legislazione degli Stati di *civil law*, è storicamente molto più smussata, infatti, i componenti del consiglio di amministrazione sono anche generalmente coloro che gestiscono le attività di impresa.

Questa differente impostazione è stata, quindi, la causa delle ripetute modifiche al Commentario OCSE alla ricerca di un difficile equilibrio. Come ricordato in precedenza, infatti, anche sulla scorta della dianzi citata presa di posizione ad opera delle autorità fiscali inglesi, l’OCSE nel Commentario del

1992 elimina ogni riferimento al concetto di “*central management and control*” ed alla giurisprudenza inglese. Nondimeno, tale impostazione concettuale è quella che implicita nelle, e che costituisce l’impalcatura concettuale delle, modifiche al Commentario del 2000 che attribuiscono un ruolo dirimente al consiglio di amministrazione; importanza e ruolo che, come indicato nei *draft report* del 2001 e del 2003, non sono completamente condivisi in sede OCSE e che conducono alla nuova formulazione del Commentario del 2008 laddove se, da una parte, viene ridimensionata l’importanza attribuita al consiglio di amministrazione, attribuendo rilievo ad attività indicative di un livello gestionale inferiore, dall’altra, viene ribadito il rilievo alle decisioni che riguardano la società nel suo insieme.

Possiamo quindi affermare che nel corso dei decenni, sembra essersi perso il significato, chiaramente identificato dalla ricostruzione storica in precedenza illustrata e definitivamente acclarato in sede OCEE, della locuzione il “*place of effective management*”.

Su tale significato, cioè a dire, il significato della locuzione di matrice inglese “*central management and control*”, gli Stati Membri (dell’OCEE prima e successivamente) dell’OCSE hanno originariamente espresso il proprio consenso.

L’utilizzo di una differente espressione (“*place of effective management*”) non ha, infatti, minimamente voluto sottendere una differente interpretazione da dare alla *tie breaker rule* in quanto, come visto, esso si è reso necessario da mere volontà di coerenza semantica ed espositiva con le disposizioni dell’articolo 8 del Modello OCEE (prima ed OCSE poi).

La presa di posizione delle autorità inglesi del 1983 (successivamente ribadita nel 1990) muove anch’essa apparentemente dal medesimo vizio. Le autorità fiscali britanniche, infatti, riconoscono che la locuzione “*place of effective management*” riportata all’articolo 4, paragrafo 3, del Modello OSCE può avere un differente significato negli Stati di *common law* rispetto a quelli di *civil law*.

Tuttavia, esse si dimenticano di ricordare la genesi di tale espressione, legittimando così il differente significato attribuito da alcuni degli altri Stati membri in relazione al loro differente sistema giuridico.

In altre parole, pare possibile affermare che le autorità fiscali inglesi, preso atto delle differenti interpretazioni esistenti negli altri Stati membri dell'OCSE circa il significato ad attribuire a tale espressione, cerchino di ribadire, ad uso interno inglese, la loro interpretazione siccome riveniente dalla giurisprudenza inglese.

Tuttavia, così facendo, esse hanno in qualche modo legittimato quelle interpretazioni(errate) rivenienti dagli altri Stati membri.

Al fine di meglio chiarire le ragioni per cui si ritengono “errate” tali interpretazioni, si desidera chiarire come le tesi degli altri Stati membri non siano “errate” in principio. E’, infatti, del tutto legittimo che ogni Stato ascriva al concetto di residenza delle società differenti profili di rilievo gestionale.

L’errore che possiamo individuare riguarda esclusivamente l’interpretazione di tale locuzione nell’ambito del modello (OCEE prima e, successivamente) OCSE.

La ragione di tale errore è che sulla interpretazione di matrice inglese tutti gli Stati hanno concordato sia in sede OCEE che OCSE.

La presa di posizione inglese costituisce il presupposto per la rimozione nel Commentario del 1992 di ogni riferimento al significato di matrice anglosassone da ascrivere alla locuzione “*place of effective management*” che era invece contenuto in tutti i Commentari OCSE precedenti (ed anche in quello del Modello OCEE del 1958).

Tale rimozione, rappresenta quindi la (apparente) giustificazione da parte degli Stati membri dell’OCSE per legittimare la loro interpretazione di tale espressione, ovvero costituisce un elemento che rafforza le loro tesi.

Se invece fosse rimasta ben chiara l’origine ed il significato che gli estensori del Modello OCEE prima, e del Modello OCSE, poi, hanno voluto attribuire alla

locuzione “*place of effective management*” è probabile che molta meno confusione si sarebbe generata intorno al suo significato e che ogni Stato membro qualora avesse, legittimamente, voluto modificare il significato da esso attribuito al menzionato concetto lo avrebbe fatto attraverso l’apposizione di una Riserva al Modello.

Analizzando in prospettiva il significato della locuzione “*place of effective management*” è possibile affermare che essa sia nata, per esigenze di mera coerenza espositiva; essa è nata quale espressione sostitutiva di un’altra (“*central management and control*”) della quale tuttavia manteneva intatto il proprio significato.

Nel corso degli anni, invece, è come se l’espressione “*place of effective management*” abbia acquisito una “vita e genesi” propria e quindi con essa una dignità ed un significato autonomo rispetto alla espressione che ha sostituito, non necessariamente coerente con essa.

Il fatto di avere perso le proprie “radici” legate al concetto ed al significato di “*central management and control*” ha in qualche modo legittimato un’impostazione in forza della quale tale espressione rappresenta una sorta di contenitore che ogni Stato membro è legittimato a “riempire” in relazione alle previsioni del proprio corpo normativo e giurisprudenziale.

La conseguenza di questa “anarchia interpretativa” è che si è del tutto perso il significato originario voluto e condiviso da tutti gli Stati membri, il quale al più assume il ruolo di vago riferimento interpretativo.

La situazione generatasi va a rappresentare una sorta di fallimento, in relazione alla finalità a presidio della quale essa è stata inserita, della *tie breaker rule*. Invero, tale disposizione è stata inserita nel Modello OCSE al fine di eliminare i casi di conflitti sulla doppia residenza.

L’intera impalcatura concettuale dello schema di convenzione, infatti, si fonda sulla dicotomia Stato della fonte-Stato della residenza. Laddove il nodo della

doppia residenza non viene eliminato lo schema di convenzione diviene inapplicabile.

Per questa ragione, quindi, gli estensori dello Modello OCEE prima e del Modello OCSE dopo, hanno dovuto inserire una norma corrispondente all'attuale articolo 4, paragrafo 3. A tale norma, essi attribuirono un significato univoco e precisamente quello proprio della locuzione "*central management and control*" così come sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglese.

Purtroppo, come si è visto, nel corso degli anni tale significato è andato via via diminuendo di importanza fino al punto in cui si è venuta a legittimare una situazione, come quella attuale, in cui gli Stati membri possono opporre una propria interpretazione della norma con la conseguenza di svuotarla di contenuto.

Una norma, infatti, che nasce con l'unica finalità di superare una situazione di impasse⁵³ conseguente al differente atteggiarsi degli ordinamenti giuridici dei due Stati contraenti non può essere interpretata in base ai medesimi ordinamenti poiché il rischio è quella di attribuire ad essa due significati differenti con la conseguenza di non eliminare l'impasse e quindi di non conseguire lo scopo per cui essa è stata inserita nel modello di convenzione.

Si potrebbe affermare che siffatta interpretazione sia coerente con le regole di interpretazione delle convenzioni perché il "*place of effective management*" non ha una definizione convenzionale.

Una tale impostazione può essere ritenuta contraria alle finalità del trattato; infatti, gli Stati contraenti hanno voluto assegnare a tale locuzione una funzione dirimente, nel senso di rompere il legame della società con entrambi gli Stati contraenti per allocare la sua residenza in modo esclusivo in uno degli stessi; ebbene, interpretare la stessa in base alla propria legge interna porta al medesimo conflitto e quindi rende di fatto inutile tale disposizione.

⁵³ Relativa alla definizione di "residente" contenuta all'articolo 4, primo paragrafo del Modello OCSE.

Ne consegue che una differente interpretazione deve essere necessariamente ad essa attribuita.

È quindi forse venuto il momento per un ripensamento di tale disposizione o attraverso una sua riscrittura su regole differenti ovvero ritornare alle origini ed attribuire alla locuzione il significato originario ed univoco proprio dell'ordinamento inglese.

È ritenuta preferibile la seconda opzione dato che, appare difficile ipotizzare che uno Stato contraente che considera la società come una propria residente in base alla propria normativa interna sia disponibile ad accettarne la perdita della residenza (e con essa di entrate tributarie) a favore dell'altro Stato contraente che si trova nella sua identica situazione (i.e. considera la società come una propria residente in base alla propria normativa interna).

Sarebbe, infatti, come chiedere a due parti in causa di risolvere la loro controversia facendo riferimento ad una interpretazione condivisa della stessa norma che le ha portate in contenzioso.

Alla luce di quanto esposto, si ritiene più corretto, anche sotto un profilo sistematico, che la risoluzione di una controversia debba avvenire in base ad un criterio univoco (*“place of effective management”*), il cui contenuto è sufficientemente chiaro e sul quale gli Stati contraenti, quantomeno quelli membri dell'OCEE prima e dell'OCSE, poi non hanno mai opposto alcuna obiezione ed hanno invece condiviso la pertinente interpretazione come risulta dai lavori preparatori e dalla documentazione ufficiale ad essa conseguente.

Passiamo ora ad analizzare la posizione dell'Italia in relazione alle modifiche al Commentario del 2000 e del 2008, soffermandoci sui relativi elementi di critica.

Per fare questo però, è preferibile fare riferimento al testo dei paragrafi del Commentario ai quali ci riferiamo; relativamente alle modifiche del 2000 ci riferiamo al paragrafo 24⁵⁴, integrato con delle osservazioni (paragrafo 25); per

⁵⁴ Si faccia riferimento al relativo paragrafo del Commentario del 2000

quanto riguarda invece le modifiche intervenute nel Commentario del 2008, ci riferiamo alle modifiche intervenute nel paragrafo 24⁵⁵ con l'inserimento delle osservazioni 24.1 e le modifiche al paragrafo 25.

Da un'analisi attenta è facilmente enucleabile che, la posizione dell'Italia è rimasta sostanzialmente immutata.

Essa pertanto continua a ritenere che, ai fini di determinare il *place of effective management* (ovvero “sede direzione effettiva” per utilizzare la locuzione inserita nelle convenzioni sottoscritte dall'Italia), sia necessario avere riguardo anche al luogo di ubicazione dell'oggetto principale della società, in quanto esso ne rappresenterebbe un elemento costitutivo al pari della sede dell'amministrazione.

Il contenuto dell'osservazione posta dall'Italia al Commentario all'articolo 4⁵⁶ non appare in linea con la finalità delle convenzioni contro le doppie imposizioni e, in particolare, con la finalità dell'articolo 4, paragrafo 3 del Modello OCSE (i.e. la *tie breaker rule*).

Questo perché, come si è detto più volte, le finalità delle convenzioni sono di evitare le doppie imposizioni, così come (non senza opinioni contrarie in dottrina) le doppie non imposizioni.

In tale contesto, il ruolo della *tie breaker rule* è quella di allocare la residenza, ai fini convenzionali, in uno dei due Stati contraenti al fine di eliminare la loro pretesa impositiva concorrente.

Così operando, tale disposizione riconduce tale conflitto alla normale dicotomia Stato della residenza-Stato della fonte sulla quale è imperniato il funzionamento delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni basate sul Modello OCSE.

Atteso il fondamentale ruolo ascrivibile a tale locuzione, si è altresì ricordato in precedenza che il significato ad essa attribuibile deve essere del tutto scollegato

⁵⁵ Si faccia riferimento al relativo paragrafo del Commentario del 2008

⁵⁶ Sia quella inserita nel Commentario del 2000 sia in quello del 2008.

dalla legislazione interna degli stati contraenti.

Analizzando ora i testi delle osservazioni poste dall'Italia, possiamo affermare che, al fine di determinare il luogo di ubicazione del *place of effective management* (e quindi implicitamente al fine di identificare il *place of effective management* stesso) deve essere preso in considerazione anche il luogo in cui “*the main and substantial activity of the entity is carried on*”.

Relativamente all'interpretazione da dare a quest'ultima locuzione si ritiene opportuno rifarsi ai recenti chiarimenti forniti dall'amministrazione finanziaria⁵⁷ la quale ha affermato che “la sede della “direzione effettiva” di un ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove è esercitata l'attività principale”.

L'amministrazione finanziaria italiana ha quindi, di fatto, aggiunto, in sede convenzionale, il concetto di “oggetto principale” a quello di “sede dell'amministrazione”.

A parere dell'Amministrazione finanziaria, per determinare il concetto di “*place of effective management*” (rectius, “sede di direzione effettiva”) è necessario fare anche riferimento al luogo ove viene di fatto esercitata l'attività principale della società; in altri termini, al luogo di ubicazione del suo oggetto principale.

Un altro elemento che genera problematiche, è lo stesso strumento utilizzato dall'Italia; cioè a dire l'osservazione al Commentario.

Tale strumento, infatti, non è idoneo ad alterare il testo del (e quindi l'interpretazione attribuibile al) Modello OCSE; l'Osservazione, infatti, rappresenta uno strumento a disposizione degli Stati membri per meglio specificare una particolare interpretazione del Modello.

Infatti, ai sensi del paragrafo 3 dell'Introduzione al Modello OCSE nonché della pertinente dottrina e giurisprudenza in tema di diritto internazionale dei trattati, le

⁵⁷ Cfr. C.M. 28/E del 04 agosto 2006, § 8.

“riserve” hanno la funzione di modificare il significato di un trattato mentre le “osservazioni” hanno la finalità di fornire un chiarimento circa l’interpretazione dello stesso.

Le “riserve”, infatti, si pongono al testo del Modello mentre le “osservazioni” si pongono al Commentario.

L’Italia, invece, ha di fatto esteso la cd. “*tie-breaker rule*” ampliandone il campo di applicazione oltre che alla sede dell’amministrazione anche all’oggetto principale della società avendo quindi apparentemente utilizzato una “osservazione” alla stregua di una “riserva”.

Il “*place of effective management*”, infatti, non foss’altro per una questione squisitamente letterale, si riferisce precipuamente ed unicamente al concetto di amministrazione (di alto livello e strategica).

Attraverso la “osservazione”, invece, il significato eminentemente amministrativo e gestionale della locuzione sede di direzione effettiva è stato artatamente ampliato in guisa tale da ricomprendere un concetto, l’oggetto principale (cioè a dire il luogo ove viene, di fatto, esercitata l’attività principale della società) ad essa alieno.

L’esercizio di un’attività d’impresa non è, infatti, assimilabile al concetto di amministrazione; un conto è assumere decisioni e un altro è dare concreta esecuzione alle stesse; la prima attività è certamente riconducibile al concetto di amministrazione, la seconda è invece unicamente riconducibile al concetto di esercizio dell’attività economica organizzata.

Un’interpretazione alternativa delle ragioni che hanno spinto l’amministrazione finanziaria italiana ad inserire (e reiterare) l’ “osservazione” è quella di attribuire alla stessa il significato di “gestione ordinaria” (“*day-to-day management*”) nel senso cioè di ritenere che la sede di direzione effettiva coincide anche con il luogo in cui viene ordinariamente e routinariamente svolta l’attività di impresa e quindi nel luogo in cui vengono ordinariamente assunte ed eseguite le decisioni

a ciò inerenti e conseguenti.

Nel Commentario del 2008 sebbene venga mantenuto il rilievo ascrivibile al luogo di assunzione delle decisioni strategiche e di fondamentale importanza per le attività della società, si è sfumato sul Consiglio di Amministrazione come luogo deputato ad assumere tali decisioni che determinano la residenza ai fini convenzionali della società.

Sebbene, la dottrina⁵⁸ ritenga che tale sia una esplicitazione di un concetto ampiamente condiviso, si può comprendere come, in tale contesto, la volontà di evidenziare la rilevanza anche del livello gestionale di basso-medio profilo, avrebbe potuto avere una sua ragion d'essere.

Se anche così fosse, due sono i commenti in proposito; da una parte, non si comprende per quale ragione, se tale è sempre stata l'interpretazione dell'Italia in merito alla locuzione "*place of effective management*", essa non abbia inserito una osservazione, volta a porre il rilievo al concetto di *day-by-day management*. Fino al 2000, l'Italia, infatti, non ha mai sentito l'esigenza di esplicitare tale concetto neanche e soprattutto nelle versioni del Commentario fino al 1992, laddove vi era un chiaro riferimento al concetto inglese di "*central management and control*".

Dall'altra parte, adottando l'impostazione italiana, non si riesce a capire la differenza di significato e di contenuto che attribuibile alle locuzioni "*place of effective management*" e "*place of management*" contenute nel Modello OCSE.

In base al Modello OCSE, infatti, la prima è atta a risolvere casi di doppia residenza mentre la seconda identifica una stabile organizzazione⁵⁹ ovvero uno dei criteri rilevanti che, in base alla legge interna degli Stati contraenti, possono giustificare la qualifica di "residente" ai fini della convenzione⁶⁰.

E' pertanto evidente che le due locuzioni non possono che avere un significato

⁵⁸ Si veda E. Burgstaller e K. Haslinger, op. cit., p. 380.

⁵⁹ Articolo 5, paragrafo 2, lettera a) del Modello OCSE.

⁶⁰ Articolo 4, paragrafo 1, primo periodo, del Modello OCSE.

differenti; se volessero sottendere al medesimo concetto, infatti, il redattore avrebbe utilizzato la medesima terminologia, senza contare tuttavia che, in tale circostanza, i casi di doppia residenza basati sul concetto di amministrazione non avrebbero alcuna soluzione, con la conseguenza di rendere del tutto inutile il trattato. Eventualità quest'ultima che testimonia ulteriormente la non correttezza della possibile interpretazione proposta.

Accertata l'irritualità⁶¹ dello strumento utilizzato, esistono quantomeno due ulteriori profili di critica.

Il primo profilo attiene al fatto che, al momento in cui molte delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni attualmente in vigore (le "Convenzioni") furono sottoscritte (od anche solo negoziate) dall'Italia, l' "osservazione" (del 2000, reiterata nella sostanza nel 2008) non esisteva; il Commentario, infatti, riportava, senza particolari spiegazioni, il concetto di "*place of effective management*" quale criterio dirimente per la determinazione convenzionale della residenza delle società.

Attesa la natura (assai poco interpretativa ed anzi fortemente) innovativa di tale "osservazione", si nutrono perplessità sulla possibilità che la stessa possa considerarsi applicabile anche alle convenzioni sottoscritte dall'Italia anteriormente al 2000.

Il secondo profilo origina dal fatto che il significato autonomo della locuzione "*place of effective management*" sembrerebbe rendere incompatibile la posizione espressa dall'Italia che, seppur parzialmente, sembra fare implicitamente riferimento alla propria legge interna in tema di residenza delle società.

Non si ritiene, infatti, possibile inserire nel concetto di amministrazione, su cui indubbiamente si fonda la locuzione "*place of effective management*", il diverso concetto di oggetto principale che (allora come tutt'oggi) la nostra norma interna identifica come un concetto autonomo e distinto da quello di sede

⁶¹ Intesa come l'utilizzazione di una "osservazione" per modificare, di fatto, il contenuto di una disposizione pattizia.

dell'amministrazione.

Le pertinenti disposizioni del TUIR⁶² sulla residenza delle società, infatti, hanno sempre considerato e tutt'ora considerano la sede dell'amministrazione un concetto ontologicamente distinto rispetto all'oggetto principale.

Si avanzano, quindi, delle perplessità in merito ad un'interpretazione che ricomprende nel concetto di "*place of effective management*" contenuto nelle Convenzioni, il riferimento all'oggetto principale; tale infatti, potrebbe non essere considerata un'interpretazione in buona fede.

L'oggetto principale, invero, oltre a non essere in alcun modo menzionato dalle convenzioni medesime (ovvero dal Modello OCSE a cui le stesse si ispirano) è del tutto alieno al concetto di amministrazione cui invece si riferisce il "*place of effective management*".

Infine, un'ulteriore circostanza a favore della irrilevanza, nel caso di specie, della "osservazione" può essere desunta dalla rigida applicazione del "principio di legalità" che ha sempre contraddistinto i ragionamenti della Suprema Corte di Cassazione in tutte le fattispecie in cui è stata chiamata a decidere in merito all'interpretazione di convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia.

In proposito si ritiene paradigmatico il ragionamento effettuato dalla Corte di Cassazione⁶³ in occasione dell'applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni con la Francia sottoscritta nel 1958.

Detto trattato prevedeva tre diverse possibilità di procedura amichevole le quali avrebbero dovuto essere formalizzate in un documento condiviso dalle amministrazioni finanziarie dei due Stati contraenti.

Nel caso sottoposto all'analisi della Corte, le amministrazioni finanziarie italiana e francese avevano raggiunto un accordo, esplicitato nei verbali degli incontri svoltisi; tale accordo non era stato tuttavia successivamente formalizzato con gli

⁶² Art. 73, comma 3, TUIR.

⁶³ Sentenza della Corte di Cassazione n. 3610 del 24 maggio 1988.

strumenti previsti dal trattato medesimo.

Il contribuente, nell'argomentare le proprie ragioni, ha presentato alla Corte i citati verbali dai quali risultava il consenso delle due amministrazioni finanziarie sull'interpretazione dei fatti oggetto di causa; ciò nondimeno, la Corte, nel rendere la propria decisione, non si è ritenuta vincolata da tali accordi e verbali in quanto difettavano del rispetto della procedura pattiziamente prevista.

La Corte ha quindi applicato in modo assai rigoroso il “principio di legalità” a cui si rifà il nostro ordinamento, negando ogni valore legale ad un documento che, sebbene condiviso dalle amministrazioni finanziarie interessate ed esplicitamente previsto dal trattato, difettava di un requisito formale.

Orbene, se come visto, la Corte di Cassazione si è rifiutata di dare attuazione ad un accordo sottoscritto dai due Stati contraenti invocando il principio di legalità ciò dovrebbe valere a fortiori per la “osservazione” posta dall'Italia atteso che essa, oltre a presentare gli elementi di perplessità in precedenza illustrati, non è stata concordata dalle amministrazioni finanziarie degli Stati contraenti sottoscrittori delle Convenzioni e quindi non può configurarsi quale “accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato”⁶⁴ ovvero “ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato”⁶⁵.

Per concludere, in merito agli effetti della “osservazione” in tema di interpretazione delle Convenzioni, si nutrono perplessità in merito alla sua efficacia atteso che (i) è stata inserita dall'Italia successivamente alla sottoscrizione delle Convenzioni; (ii) il “*place of effective management*” ha un significato autonomo rispetto alle leggi interne degli Stati contraenti ed è ascrivibile alle attività di amministrazione strategica della società (iii) ha l'effetto pratico di allargare il “*place of effective management*” introducendo un concetto del tutto inconferente rispetto al concetto di amministrazione; (iv) lo strumento

⁶⁴ Cfr. art. 31(3)(a) della Convenzione di Vienna.

⁶⁵ Cfr. art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna.

corretto per rilevare tale allargamento sarebbe quello di una “riserva” all’art. 4 e non di una “osservazione” al Commentario; (v) l’accettazione di tale allargamento (implicito nel richiamo all’oggetto principale previsto dalla legge interna) costituirebbe una violazione degli art. 10 e 117 della Costituzione atteso che imporrebbe, di fatto, la prevalenza della norma interna rispetto a quella convenzionale ed una violazione del principio dell’interpretazione dei trattati in buona fede prescritto dall’art. 31 della Convenzione di Vienna; (vi) la “osservazione” non configura, ai sensi dello stesso art. 31, un “accordo” ovvero una “pratica” successiva alla sottoscrizione del trattato considerato che essa è intervenuta in via unilaterale e, per le stesse ragioni, non è idonea a costituire un “mezzo complementare di interpretazione” del trattato, anche per il fatto che esso deve antecedere la sottoscrizione dello stesso.

Al significato autonomo del concetto di “*place of effective management*” ed alla ritenuta inefficacia della “osservazione” non può che conseguire che la *tie-breaker rule* riportate nelle Convenzioni dovrebbero essere interpretate in modo conforme al diritto internazionale, con la conseguente (i) esclusiva rilevanza del luogo dell’amministrazione strategica della società e dunque (ii) irrilevanza del luogo della sua amministrazione ordinaria nonché del suo “oggetto principale”

2.5.2) Gli stati OCSE e le deviazioni dalla Tie-Breaker Rule del Modello OCSE.

Fino ad ora abbiamo esaminato la tie-breaker rule prevista dall’articolo 4(3) del Modello OCSE.

La regola che fa leva soltanto sul *place of effective management*, non è l’unica utilizzata dagli Stati (compresi quelli aderenti all’OCSE) nelle loro convenzioni per evitare le doppie imposizioni. La dottrina⁶⁶ ha potuto enucleare quattro tipologie di *tie-breaker rules* adottate dalla prassi pattizia degli Stati.

La prima categoria è quella che utilizza criteri di tipo fattuale (*factual test*), ossia criteri che si basino su un’analisi di fatto delle circostanze: come è ovvio il

⁶⁶ Cfr. R. COUZIN, *Corporate Residence and International Taxation*, cit., p. 166.

criterio più importante, in questa categoria, è quello del *place of effective management*, ma non mancano anche ulteriori riferimenti, tra cui:

- *place of general management*
- *centre of administrative or practical management*
- il luogo dove la società *is managed and controlled*

La seconda categoria fa riferimento ad un criterio di natura legale (legal test) come il *place of incorporation, creation o registration*.

Questi criteri sono frequentemente usati dagli Stati che nella loro legge nazionale utilizzano il criterio del luogo di costituzione quale criterio per la determinazione della residenza.

Alcuni di questi Stati hanno avanzato delle riserve al Modello OCSE.

La terza categoria è caratterizzata dall'utilizzo di criteri volti a risolvere i conflitti di residenza attraverso il mutuo accordo tra gli Stati (*best efforts rule*); ovviamente si tratta di un'obbligazione di mezzi, non di risultato.

In alcuni casi, tuttavia, il mancato raggiungimento dell'accordo è sanzionato con la perdita della possibilità per la società di beneficiare dell'accordo. Si tratta di una sanzione impropria stabilita da alcuni Stati che non accettano la possibilità che esistano società con doppia residenza che possano sfruttare la propria condizione per finalità di *treaty shopping o di double-dipping*.

La quarta ed ultima categoria è costituita da una combinazione delle tre tipologie precedenti. Ne costituisce un esempio importante la seconda versione della proposta dell'OCSE del 2003.

2.5.3) Il consiglio di Amministrazione delle società e il “*Place of effective Management*”: un approccio antielusivo.

Si è osservato in precedenza visto che l'OCSE ha mostrato di ritenere che, ai fini dell'individuazione del *place of effective management*, si debba adottare il principio di *substance over form*, favorendo quei criteri più idonei ad identificare

il luogo dove le decisioni vengono di fatto assunte, senza fermarsi al luogo in cui esse vengono formalizzate.

In questo modo si pone, di fatto, in discussione l'adeguatezza di un criterio di determinazione della residenza della società imperniato soltanto sul ruolo del consiglio di amministrazione.

Questa problematica, prima ancora di essere analizzata e condiviso dall'OCSE era già stata individuata dalla giurisprudenza.

Nel 1960, infatti, nella sentenza *Unit Construction*⁶⁷, la House of Lords si è trovata di fronte ad un caso in cui la teoria De Beers, secondo cui una società è residente nel luogo dove “*the central management and control actually abides*”, coincidente con il luogo ove si riunisce il consiglio di amministrazione della società, veniva messa in crisi dallo svuotamento di fatto del consiglio di amministrazione dei poteri ad esso spettanti.

I fatti rilevanti erano i seguenti: tre società costituite in Kenia erano controllate al 100% da una società inglese; sebbene in base al loro statuto essere dovessero essere amministrate dai rispettivi amministratori/consiglio di amministrazione in Kenia, a parere degli Special Commissioners e della Corte d'Appello amministrate, dall'organo direttivo della loro società controllante inglese. Ciò era dovuto alla circostanza che la situazione economica delle tre società si era fatta così critica da imporre che la relativa gestione fosse “avocata” dagli amministratori della società controllante.

La House of Lords, nell'accertare la residenza fiscale delle tre società, applica anche in questo caso la teoria elaborata nella sentenza De Beers in considerazione del fatto che: “*Nothing can be more factual and concrete than the acts of management which enable a court to find as a fact that central management and control is exercised in one country or another*”⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. *Unit Construction Co Ltd v. Bullock* (Inspector of Taxes) [1960] AC 351 (House of Lords, England), cit..

⁶⁸ Il principio secondo cui la residenza di una società deve essere determinata esaminando la situazione

Secondo la House of Lords la residenza di una società deve essere determinata attraverso l'individuazione del luogo dove, in concreto, è esercitato il *central management and control*, a prescindere quindi da ogni diversa e contraria risultanza apparente.

La House of Lords con questa sentenza afferma un principio fondamentale che costituisce altresì il fondamento delle proposte dell'OCSE volte a meglio chiarire il significato della locuzione *place of effective management*: “*it is the actual place of management, not that place in which it ought to be managed, which fixes the residence of a company*”.

Il caso in commento dimostra che il criterio del *central management and control* (sostanzialmente coincidente con il *place of effective management*) deve necessariamente e significativamente tenere conto delle circostanze di fatto. Di talché, qualora nella realtà delle cose, il consiglio di amministrazione non rappresenti l'organo da cui promanano le decisioni essenziali per la vita della società, la residenza non dovrà essere ancorata al luogo (formale) in cui gli amministratori si riuniscono.

In considerazione dello sviluppo delle tecnologie di comunicazione ed anche della evoluzione normativa che legittima, determinazioni dell'organo amministrativo assunte per corrispondenza, la questione dell'effettività dei poteri del consiglio di amministrazione si ripropone oggi con ancora maggiore frequenza e rilievo rispetto ai tempi di Unit Construction.

L'accertamento di fatto del luogo di ubicazione del *place of effective management* è stato al centro di un relativamente recente caso portato all'attenzione della Corte d'Appello inglese: il caso Wood v. Holden⁶⁹.

I fatti rilevanti sono assai complessi. I signori Wood avevano costruito una complessa struttura elusiva che può essere sommariamente così riassunta: nel 1995, essi costituivano una serie di trust nelle Isole Vergini; tali trust a loro volta

concreta era già in De Beers.

⁶⁹ Cfr. Wood & Anor v Holden (HMIT) [2006] EWCA Civ 26 (26 gennaio 2006).

possedevano integralmente una società delle Isole Vergini (Copeswood Investments Limited, “CIL”) alla quale gli stessi coniugi Wood avevano donato il 49,99% delle azioni di una società (holding) inglese (Ron Wood Greeting Cards Holdings Limited, “Holding”) che deteneva il 96,24% di una società operativa (Ron Wood Greeting Cards Limited, “Opco”).

Al fine di cedere in modo fiscalmente efficiente le partecipazioni in Holding a terzi nella citata struttura venne interposta una società olandese preesistente e dormiente, denominata Eulalia⁷⁰.

Eulalia venne acquistata nel 1996 da una società appartenente al gruppo bancario ABN AMRO. Eulalia era pacificamente residente nei Paesi Bassi e come suo amministratore venne nominata una società olandese, la ABN AMRO Trust Company.

Poco tempo dopo l’interposizione, CIL vendeva Holdings ad Eulalia che la rivendeva dopo qualche mese a soggetti terzi reali acquirenti. L’amministrazione finanziaria inglese sosteneva che Eulalia fosse in realtà residente nel Regno Unito sia ai fini domestici e sia ai fini dell’applicazione della convenzione con i Paesi Bassi risultavano dovute le imposte sul capital gain conseguente dalla cessione di Holdings.

L’elemento meritevole di analisi in tale caso, risiede nella circostanza che l’amministrazione inglese decise di attrarre la residenza di Eulalia nel Regno Unito, non in forza della residenza (inglese) dei suoi azionisti finali (i signori Wood), ma della sede (rectius, residenza) dei consulenti che avevano progettato e gestito l’operazione (Price Waterhouse).

I giudici della Corte d’Appello hanno rigettato la tesi degli Special Commisioners richiamando i principi di Unit Construction per marcare una differenza tra le ipotesi in cui gli organi di amministrazione della società sono

⁷⁰ L’interposizione di Eulalia era risultata possibile a seguito di una modifica inglese che avrebbe altrimenti determinato l’imposizione nel Regno Unito della cessione delle partecipazioni di Holding da parte di CIL. Tale operazione era stata ideata da Price Waterhouse, i consulenti fiscali inglesi che si erano rivolti a ABN AMRO per acquistare la società Eulalia, di fatto un mero contenitore senza alcuna partecipazione.

“usurpati” dei loro poteri (è il caso degli amministratori in Kenia in Unit Construction) dal caso in cui gli amministratori ricevono legittimamente istruzioni o suggerimenti da parte di terzi. Questi soggetti terzi potranno essere sia gli azionisti sia i loro consulenti.

In entrambe le circostanze è essenziale valutare il peso reale per gli amministratori della società assunto dai consigli, dalle proposte e dai suggerimenti da parte di questi soggetti.

Se essi sono tali da determinare uno svuotamento di fatto del ruolo e dei poteri del consiglio di amministrazione, la residenza della società può essere attratta nello Stato da dove giungono le decisioni chiave per la sua vita, altrimenti no.

Non è difficile giungere alla conclusione che, a parte pochi casi in cui lo svuotamento dei poteri dell'organo amministrativo interessa una società realmente operativa (come nel caso eccezionale delle tre società keniate di Unit Construction), nella maggior parte dei casi il rischio interessa società che non hanno una significativa struttura, che non svolgono molte funzioni e che spesso fanno parte di gruppi di società.

Si tratterà, dunque, di società holding o di società che svolgono attività finanziarie ovvero ancora di società titolari di ben immateriali attribuiti in licenza a terzi.

In questi casi, effettivamente, le funzioni di gestione della società si dividono nettamente in un'attività di gestione ordinaria, peraltro spesso non molto complessa in ragione del numero ridotto di operazioni poste in essere dalla società (incassi di dividendi, interessi o royalties) in un'attività assai più significativa di assunzione di decisioni strategiche (quali società finanziarie, quanti dividendi far distribuire alle partecipate, ecc.).

Mentre le attività del primo tipo sono perlopiù svolte da soggetti effettivamente localizzati nello Stato di residenza della società, le seconde spesso vengono poste in essere altrove, dove si formano e maturano le decisioni strategiche di

gruppo (anche se poi le stesse vengono formalizzate dagli organi amministrativi delle diverse società del gruppo).

Questi ragionamenti suggeriscono l'esistenza di una sovrapposizione tra i criteri per l'individuazione del "*place of effective management*" delle società e quelli per l'attribuzione del carattere di beneficiario effettivo del percettore del reddito.

Come noto, infatti, nei trattati che si ispirano al Modello OCSE è contenuta una clausola, rispettivamente negli articoli 10, 11 e 12 che condizionano le limitazioni della pretesa impositiva dello Stato della fonte (i.e. l'applicazione della ritenuta ridotta convenzionale) al fatto che il beneficiario effettivo dei dividendi, degli interessi e dei canoni sia residente nell'altro Stato contraente.

Scopo della clausola del beneficiario effettivo è, dunque, contrastare i fenomeni di interposizione sia fittizia sia reale tra il beneficiario finale dei redditi ed il relativo erogante di un soggetto terzo la cui presenza risponde soltanto all'esigenza di accedere ai benefici della convenzione conclusa tra lo Stato della fonte e lo Stato in cui è localizzato il soggetto interposto.

A tutt'oggi non esiste una posizione uniforme in merito al significato della nozione di beneficiario effettivo.

Quando la clausola del beneficiario effettivo è stata introdotta nel Modello OCSE del 1977, il Commentario si limitava ad escludere la qualità di beneficiario effettivo in capo ad un agente o intestatario ex fiducia (nominee)⁷¹.

Soltanto nel successivo Rapporto dell'OCSE sulle conduit⁷² la nozione di beneficiario effettivo è stata rivista precisando che, oltre all'agente ed al nominee, non può essere considerata beneficiaria effettiva una società conduit che, pur formalmente proprietaria dei beni produttivi di reddito, eserciti poteri talmente limitati da renderla una mera fiduciaria o amministratrice per conto altrui (verosimilmente per conto degli stessi soci della società conduit). Si precisava

⁷¹ Per un esame in chiave storica della nozione di beneficiario effettivo si rinvia a A. BALLANCIN, cit., p. 209 ss.

⁷² OECD, Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies, in "Issues in International Taxation", n. 1, International Tax Avoidance and Evasion, Four related Studies, Parigi, 1987.

ulteriormente, tuttavia, che la circostanza che la principale funzione della società fosse la detenzione di attività o diritti non fosse di sé sufficiente a qualificarla quale mero soggetto interposto, seppur potesse rendere opportuni ulteriori approfondimenti.

Un'ulteriore evoluzione si è avuta nel successivo Rapporto OCSE sulle *partnerships* dove si afferma che beneficiario effettivo è il soggetto a cui il reddito è imputato secondo il diritto interno dello Stato contraente.

Anche le posizioni della dottrina sono oltremodo diversificate. Un primo gruppo di interpreti ritiene che la nozione di beneficiario effettivo contenuta nel Modello OCSE abbia lo stesso significato che essa ha nel suo ambito di provenienza, ossia gli ordinamenti di *common law*. Secondo tale interpretazione il beneficiario effettivo è quel soggetto che ha più potere su un determinato bene di chiunque altro.

Sempre nel senso di far prevalere il legame economico con il bene produttivo del reddito rispetto alla mera titolarità legale dei beni, si esprime anche Vogel⁷³ secondo cui “*the beneficial owner is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both*”.

Una diversa posizione dottrinale⁷⁴, invece, fa coincidere il beneficiario effettivo nella persona a cui è imputato il reddito secondo il diritto interno dello Stato contraente.

Tale posizione si fonda, da un lato, sulla Technical Explanation al modello statunitense di convenzione del 1996 (nonché del 2006), secondo cui il beneficiario effettivo di dividendi interessi o royalties “*is understood generally to refer to any person resident in a Contracting State to whom that State attributes the payment for purposes of its tax*”, dall'altro sulla già citata statuizione del Report delle *partnerships*.

⁷³ K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 562, m. n. 9.

⁷⁴ J. LIBIN, in J. D. B. OLIVER – J. LIBIN – S. VAN WEEGHEL – C. DU TOIT, *Beneficial Ownership*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, p. 322.

A prescindere dalla posizione cui si voglia aderire, è chiaro che un soggetto che abbia scarsi poteri decisionali sulla fonte del reddito e sui redditi stessi (dividendi, interessi o royalties) non dovrebbe essere considerato beneficiario effettivo di questi redditi.

Tuttavia, è stato correttamente notato⁷⁵ che l'esistenza di un controllo totalitario non è di per sé sufficiente a negare la qualifica di beneficiario effettivo; tuttavia, qualora le decisioni più significative per la società controllata sono di fatto assunte dalla società controllante, in tal caso la controllata non potrebbe mai essere qualificata come beneficiaria effettiva.

Questo tema, evidentemente, si avvicina molto all'analisi che viene condotta al fine di determinare dove si trova la residenza della società, ai fini domestici (per i paesi che prevedono un criterio omologo a quello della sede dell'amministrazione) ed ai fini convenzionali (per risolvere i conflitti di doppia residenza tra lo Stato dove la società conduit è localizzata e lo Stato in cui è localizzato il soggetto controllante e beneficiario finale del flusso di redditi).

La valutazione dell'effettività dei poteri esercitati dal soggetto conduit, nel senso di accertare se il soggetto interposto ha dei poteri discrezionali nell'attività di gestione dei beni da cui derivano i redditi e se fornisce qualche contributo alla produzione dei redditi stessi, è, infatti, rilevante sia ai fini della residenza fiscale sia ai fini dell'assunzione della qualifica di beneficiario effettivo.

Nella misura in cui i redditi percepiti dalla società conduit risultino coerenti con le attività svolte e i rischi assunti dalla stessa, non si dovrebbe ragionevolmente dubitare della sua qualità di beneficiario effettivo.

Allo stesso modo, qualora queste attività concrete di gestione sono svolte davvero dall'organo amministrativo nello Stato in cui la società è localizzata, non dovrebbero sorgere dubbi nemmeno in merito alla residenza. Per contro, nei casi di holding pure, *paper box company* e *pass-through company* i cui unici

⁷⁵ Si veda anche K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 563, m. n. 10.

componenti positivi di reddito sono costituiti da *passive income*, mancando un'attività concreta per la produzione del reddito e spesso qualsivoglia rischio di impresa (si pensi, ad esempio, al caso di finanziamenti *back-to-back*), sia la residenza sia la natura di beneficiario effettivo possono essere messi in discussione.

CAPITOLO III:

Doppia Residenza come strumento di Pianificazione Fiscale.

3.1) Le Situazioni Triangolari e il problema della doppia residenza.

Fino ad ora sono state esaminate le questioni inerenti ai casi di doppia residenza in situazioni meramente bilaterali, laddove entrambi gli Stati contraenti (di convenzioni sostanzialmente conformi al Modello OCSE) ritengono che, ai fini della loro legge domestica, una società sia residente nel proprio Stato. E' stata altresì analizzata la "*tie-breaker rule*" prevista dall'art. 4, paragrafo 3 del Modello OCSE per la risoluzione di questi conflitti di residenza.

L'esito dell'applicazione di tale disposizione è che la società sarà o dovrebbe essere considerata residente soltanto in uno dei due Stati contraenti. In seguito, lo Stato al quale la convenzione riconosce la "residenza convenzionale" della società è identificato come lo Stato "vincente", mentre l'altro Stato è identificato come "perdente".

Tale principio è assolutamente pacifico ed è stato affermato anche in una significativa sentenza della Suprema Corte Amministrativa finlandese⁷⁶.

Dopo essere riconosciuta la "residenza convenzionale" a favore di uno dei due Stati, l'altro Stato non potrà tassare il reddito di impresa della società a meno che la società stessa non abbia una stabile organizzazione nello Stato "perdente" a cui gli elementi di reddito siano effettivamente connessi.

Inoltre, l'art. 4, paragrafo 3, non impone allo Stato "perdente" di continuare a considerare la società come residente nel proprio Stato ai (soli) fini della propria legge domestica⁷⁷ e quindi anche ai fini delle altre convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte da tale Stato.

⁷⁶ Decisione del 17 giugno 2003 del Korkein hallinto-oikeus. La sentenza è commentata da L. HINTSANEN – K. PETTERSSON, Supreme Administrative Court rules on taxation of dual resident companies – Decision of the Supreme Administrative Court of 17 June 2003, in *European Taxation*, 2004, p. 192.

⁷⁷ Sul punto si rinvia a K. VOGEL, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, cit., p. 260, m. n.98 a.

La stabile organizzazione (emersa a seguito della perdita della residenza in un determinato Stato ai fini convenzionali) che consente allo Stato “perdente” di assoggettare ad imposizione i redditi ad essa attribuibili, non si qualifica ab origine come tale; essa è infatti una “stabile organizzazione convenzionale”, la cui esistenza scaturisce per effetto dell’applicazione della *tie-breaker rule*, laddove ovviamente le attività della società si qualificano come tali ai sensi dell’art. 5 della convenzione in vigore.

In altri termini, per effetto dell’operare dell’articolo 4, paragrafo 3, lo Stato “vincente” può tassare la società nella sua qualità di Stato della “residenza convenzionale”; diversamente, lo Stato perdente potrà assoggettare ad imposizione soltanto i redditi che derivino dalla “stabile organizzazione convenzionale”.

È doveroso sottolineare che, in assenza di una specifica e contraria previsione, l’effetto dell’applicazione della *tie-breaker rule* dovrebbe essere limitato ai soli rapporti tra gli Stati contraenti della convenzione applicata. Ciò è espressamente chiarito dallo stesso articolo 4 il cui incipit è “*For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who ...*”.

Nondimeno, la posizione assunta dall’OCSE nel Commentario 2008 e 2010 è nel senso di escludere la residenza fiscale di una società in un determinato Stato se quest’ultimo si qualifica come Stato “perdente” nel contesto di una qualsiasi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni da esso sottoscritte.

3.2) Il Tax Planning attraverso lo strumento della doppia residenza.

Prima delle modifiche al Commentario OCSE del 2008, la doppia residenza delle società è stata storicamente utilizzata come efficace strumento di *tax planning*.

Era infatti piuttosto frequente che società (i) costituite in uno Stato che dispone di un’efficiente rete di convenzioni e (ii) amministrate in Stati a fiscalità più ridotta,

si avvantaggiassero delle convenzioni concluse dallo Stato di costituzione (i.e. lo Stato “perdente”), nonostante questo non potesse assoggettarne ad imposizione i relativi redditi in assenza di una stabile organizzazione.

Questo perché, ai fini della convenzione bilaterale tra i due Stati, la società è residente nell’altro Stato (i.e. lo Stato “vincente”) anche ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni da esso sottoscritte.

Il vantaggio che derivava dal possesso di una doppia residenza consisteva quindi nel potersi avvantaggiare, di volta in volta, del più favorevole trattato concluso con il rilevante Stato terzo da parte di ciascuno dei due Stati di residenza della società (i.e. lo Stato “perdente” e lo Stato “vincente”).

Inoltre, nel caso in cui una società sia amministrata in uno Stato che non dispone di una buona rete di convenzioni ma è legato da una convenzione con lo Stato di costituzione della società, la doppia residenza consentiva a tale società di accedere ai benefici di trattati che altrimenti non le sarebbero spettati.

Alcuni Stati hanno storicamente assunto posizioni volte a negare l’accesso delle società con doppia residenza ai trattati conclusi dallo Stato “perdente” con gli Stati terzi. Alcuni di questi Stati hanno anche introdotto delle riserve all’articolo 4 del Modello OCSE.

Riserve che sono state in parte abbandonate (ad opera del Messico) e in parte sono rimaste (Canada e Stati Uniti d’America) a seguito delle modifiche al Commentario del 2008 e del 2010.

Come indicato in precedenza, nel Regno Unito è previsto che una società che è ivi residente in base alla legge interna ma che, per effetto di un trattato, è considerata essere residente nell’altro Stato contraente, cessa di essere considerata residente Regno Unito (anche) ai fini del diritto interno.

Sempre in connessione a ragioni di *tax planning*, la doppia residenza di una società è stata utilizzata anche ad altri fini, come quello di ottenere una doppia deduzione delle perdite.

In alcuni Stati dove è previsto un regime di consolidato fiscale una società con doppia residenza che si sia indebitata per compiere delle acquisizioni e che pertanto chiude il periodo di imposta in perdita può compensare tale perdita con i redditi delle sue controllate esistenti in ciascuno degli Stati in cui è residente.

Anche con riferimento a tale fattispecie alcuni Stati hanno previsto dei meccanismi di contrasto attraverso il divieto alla società con doppia residenza di compensare le proprie perdite con i redditi di altra società permettendo, invece, solo il riporto in compensazione di redditi futuri della stessa società.

3.3) Le problematiche connesse alla doppia residenza delle società in situazioni triangolari e le varie ipotesi di soluzione

Quantomeno fino alla modifica del Commentario 2008, l'applicazione della *tie-breaker rule* lasciava irrisolti tutti i problemi relativi all'accesso ai trattati conclusi con gli Stati terzi, ossia i c.d. "casi triangolari".

I casi triangolari possono riguardare sia situazioni in cui la società con doppia residenza è il percettore del reddito sia situazioni in cui essa rappresenta il soggetto erogante il reddito. Le soluzioni elaborate dalla dottrina con riferimento ad entrambe le fattispecie sono parzialmente simili, anche se ciascuna presenta delle caratteristiche peculiari.

Analizziamo in prima battuta il caso in cui una società con doppia residenza che percepisce un reddito da uno Stato terzo.

Si consideri il seguente esempio. La società Alfa è residente ai fini fiscali al tempo stesso nello Stato A (dove è stata costituita) e nello Stato B (dove viene amministrata).

I due Stati hanno concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni conforme al Modello OCSE; l'applicazione dell'art. 4(3) determina che lo Stato A è, (soltanto) ai fini del Trattato A-B, "perdente" nel conflitto sulla residenza, mentre lo Stato B risulta "vincente".

Alfa riceve interessi da una società residente nello Stato C. In assenza di convenzioni, la ritenuta applicata dallo Stato C sugli interessi è pari al 20%.

In relazione all'ipotesi descritta sopra si possono fare tre sotto-ipotesi:

- 1) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni con lo Stato B ma non con lo Stato A.
- 2) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni soltanto con lo Stato A.
- 3) Lo Stato C ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni sia con A che con B, ma la ritenuta prevista nella convenzione con lo Stato A (es. 5%) è più bassa rispetto a quella con lo Stato B (es. 10%).

Presupposto alla soluzione di tutti e tre i casi vi è l'accertamento del ruolo che la assegnazione allo Stato B della "residenza convenzionale" ai fini dell'applicazione del trattato tra A e B ha nei rapporti con gli Stati terzi e, nella fattispecie, con lo Stato C.

Secondo una parte della dottrina⁷⁸, la residenza convenzionale di Alfa nello Stato B ha effetto soltanto nei rapporti tra gli Stati A e B e per gli effetti della convenzione per evitare le doppie imposizioni tra essi sottoscritta, nessun effetto si produrrebbe invece nei rapporti con lo Stato C.

Secondo tale interpretazione, pertanto, nel caso indicato supra al n. 1) lo Stato C potrà applicare la ritenuta alla fonte domestica soltanto nei limiti previsti dalla Convenzione con lo Stato B. Ai fini del trattato tra B e C, infatti, Alfa è residente nello Stato B.

Nel caso 2), lo Stato C dovrebbe applicare la ritenuta ridotta prevista dalla convenzione con lo Stato A, nonostante quest'ultimo sia risultato "perdente" nel conflitto di residenza con lo Stato B. Ai fini del trattato tra A e C, infatti, la

⁷⁸ K VAN RAAD, *Dual residence*, in *European Taxation*, 1988, p. 242; K VAN RAAD, 2008 OECD Model: operation and effect of Article 4(1) in dual residence issues under the updated commentary, in *Bulletin for international taxation*, 2009, p. 187-190.

società Alfa è residente nello Stato A.

Nel caso 3), invece, lo Stato C non potrebbe dare rilievo alla residenza convenzionale nello Stato B e dovrebbe quindi essere vincolato al rispetto di entrambi i trattati sottoscritti con gli Stati A e B. Di talché, al fine di rispettarli entrambi lo Stato C potrà prelevare la ritenuta entro il limite prevista dalla convenzione più favorevole ad Alfa, ossia nella misura del 5% come previsto dal trattato sottoscritto con lo Stato A.

È quindi di immediata evidenza il vantaggio conseguente alla doppia residenza di Alfa, la quale, essendo stata costituita nello Stato B, può beneficiare di una ritenuta più bassa rispetto a quella che sarebbe stata applicabile laddove essa fosse stata residente soltanto nello Stato B.

Avverso tale interpretazione, sono state elaborate ulteriori teorie che hanno trovato, in precedenza, il sostegno della giurisprudenza e della prassi in diversi Stati e, successivamente, il sostegno dell'OCSE con le modifiche inserite nel Commentario del 2008. Tali si incentrano sul contenuto del secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1 del Modello OCSE secondo il quale: *“This term, [i.e. “resident of a Contracting State”, n.d.A.] however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein”*.

Si sostiene, infatti, che lo Stato “perdente” (nell'esempio precedente lo Stato A) non potrebbe essere considerato Stato di residenza di Alfa ai fini dell'applicazione della convenzione tra lo Stato A e lo Stato C. Ciò in quanto, il secondo periodo dell'articolo 4(1) del Trattato tra A e C escluderebbe che si possa qualificare come residente un soggetto che, nello Stato A, sia assoggettato ad imposizione soltanto sui redditi prodotti localmente (i.e. redditi con riferimento ai quali lo Stato A si qualifichi come Stato della fonte). Tale limitata soggezione ad imposizione si verificherebbe poiché, per effetto dell'applicazione del trattato tra A e C, la società Alfa potrebbe essere soggetta ad imposizione nello Stato A limitatamente ad alcuni dei redditi ivi prodotti e,

segnatamente, solo quelli con riferimento ai quali il Trattato tra A e C assegna al primo Stato il diritto di imposizione.

Tale tesi, in altri termini, implica il riconoscimento di un'interazione dei due trattati (quello tra gli Stati A e B e quello tra gli Stati A e C) con l'effetto, da un lato, di privare lo Stato A del diritto di assoggettare ad imposizione i redditi mondiali della società Alfa e, dall'altro, di privare del possesso dello status di residente anche ai sensi del trattato tra lo Stato A e lo Stato C.

Tale interpretazione non è condivisa dalla dottrina. In particolare Avery Jones⁷⁹ ricorda come il secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, mira in realtà a negare lo status di residente al personale diplomatico che, pur essendo considerato residente ai fini domestici, non è assoggettato ad imposta se non sui redditi prodotti localmente.⁸⁰

Van Gennepe⁸¹, invece, osserva che il secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, potrebbe negare lo status di residente soltanto ad una società che, in base alla sua legge domestica e non ad un trattato, non possa essere tassata sul reddito mondiale, ma soltanto su quello prodotto localmente.

Nello stesso senso si è espresso anche Vogel⁸² il quale osserva che tale norma non può essere applicata allo Stato che non può assoggettare a tassazione il reddito di quel determinato soggetto proprio in forza del trattato, altrimenti si finirebbe per ricadere in un ragionamento di tipo circolare.

Tale posizione è stata, invece, fatta propria sia dal Ministero delle Finanze

⁷⁹ J.F. AVERY JONES – C. BOBBETT, *Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London*, cit., p. 19.

⁸⁰ Ricorda Vogel che questa norma non riguarda l'ovvio caso di chi è tassato soltanto sul reddito di fonte locale in quanto non considerato residente in base alla legge domestica, ma il caso di quei soggetti che, nonostante siano considerati residenti ai fini della legge domestica, non sono assoggettati a tassazione sul reddito mondiale in forza particolari regimi. È il caso appunto del personale diplomatico che, in base al diritto internazionale, è generalmente esentato da imposta nello Stato ricevente, eccezion fatta che per certi redditi di fonte locale. Si veda K. VOGEL, *KLAUS VOGEL on double taxation conventions*, cit., p. 233 m. n. 31.

⁸¹ C. J.A.M. VAN GENNEPE, *Dual resident companies: the second sentence of art. 4(1) of the OECD Model Convention of 1977*, in *European Taxation*, 1991, p. 143.

⁸² K. VOGEL, *KLAUS VOGEL on double taxation conventions*, cit., p. 234 m. n. 31a.

olandese in un decreto del 1989⁸³ sia e più recentemente dall'Internal Revenue Service (IRS) degli Stati Uniti con il Ruling 2004-76⁸⁴.

In quest'ultimo provvedimento si affronta il caso di una società A, costituita nello Stato X (quindi residente in quello Stato ai fini della norma interna) ed avente il place of effective management nello Stato Y (quindi residente – anche - in quello Stato ai fini della norma interna).

Ebbene, considerato che il Trattato in essere tra X e Y considera, ai fini della propria applicazione, la società A residente nello Stato Y essa non può essere considerata “*liable to tax*” nello Stato X (e quindi ivi residente) ai fini dell'applicazione della convenzione tra gli Stati Uniti e lo Stato X.

In breve, non essendo “*liable to tax*”, non è “*resident*” e, dunque, ai sensi dell'articolo 1 della convenzione tra gli Stati Uniti e lo Stato X “perdente” nel conflitto sulla residenza, non può beneficiare della protezione del trattato.

Il ruling in commento assume pertanto che le convenzioni tra gli Stati Uniti e, rispettivamente, gli Stati X e Y contengano una previsione corrispondente a quella del secondo periodo dell'art. 4, paragrafo 1, del Modello che nega lo status di residente ai soggetti tassati soltanto sul reddito prodotto localmente.

L'IRS distingue, poi, due sotto-ipotesi. Nella prima (i) la società A non ha una base fissa di affari nello Stato X, mentre nella seconda (ii) la possiede.

È possibile notare, che il risultato nelle due situazioni (i) e (ii) è lo stesso. La società A è residente solo nello Stato Y anche rispetto agli Stati Uniti, con la conseguenza che la convenzione tra lo Stato X e gli Stati Uniti non è in ogni caso applicabile.

Nella situazione (ii), tuttavia, si riconosce espressamente che nello Stato X

⁸³ Ministerie van Financiën, 12 giugno 1989, IFZ 89/320, pubblicata in Infobulletin 89/448. È commentata da K. VAN RAAD, *Triangular cases*, in *European Taxation*, 1993, p. 301 e da J.F. AVERY JONES – C. BOBBETT, *Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 19.

⁸⁴ Internal Revenue Service United States Department of the Treasury - Rev. Rul. 2004-76.

“perdente” si è creata una stabile organizzazione di una società non residente (quella in precedenza è stata definita la “stabile organizzazione convenzionale”).

L’interpretazione dell’amministrazione finanziaria statunitense espressa nel Ruling 2004-76 6 supera espressamente, dichiarandolo “obsoleto”, il precedente orientamento espresso nel Ruling 73-354. In tale provvedimento, l’IRS aveva riconosciuto che una società costituita in Svizzera e “*managed and controlled*” nel Regno Unito che svolgeva attività di impresa in entrambi gli Stati ed era ivi residente, poteva scegliere di applicare il Trattato tra gli Stati Uniti e la Svizzera ovvero quello in essere tra il Regno Unito e gli Stati Uniti.

Come vedremo meglio in seguito è possibile affermare che la presa di posizione dell’IRS, antesignana delle modifiche al Commentario del 2008, sia sostanzialmente motivata da ragioni di carattere antielusivo e trovi un appiglio solo di natura formale nella formulazione letterale della disposizione in questione la quale, invece, era stata inserita per disciplinare fattispecie del tutto diverse⁸⁵.

In giurisprudenza la tesi dell’efficacia della *tie-breaker rule* anche rispetto allo Stato terzo fonte del reddito è stata respinta dalla Corte Suprema olandese (Hoge Raad) in una risalente sentenza del 8 gennaio 1986⁸⁶.

In tale circostanza, una società costituita e amministrata nei Paesi Bassi aveva distribuito un dividendo alla sua casa madre costituita nelle Antille Olandesi.

Il Ministero delle finanze aveva sostenuto che qualora la società in questione fosse amministrata in uno Stato diverso dalle Antille Olandesi, i benefici dell’Accordo tra Paesi Bassi ed Antille Olandesi⁸⁷(i.e. la ritenuta ridotta sui dividendi) non sarebbero stati applicabili, in quanto la società percipiente i dividendi non sarebbe stata ritenuta residente nelle Antille Olandesi ai fini dell’accordo con i Paesi Bassi.

⁸⁵ La disposizione è stata introdotta al fine di negare lo status di “residente” al personale diplomatico che, pur essendo considerato residente ai fini domestici, non è assoggettato ad imposta se non sui redditi prodotti localmente.

⁸⁶ HOGE RAAD, 8 gennaio 1986, in BNB 1986/127.

⁸⁷ L’accordo fiscale tra Paesi Bassi ed Antille Olandesi non è un vero e proprio trattato, ma funziona in modo sostanzialmente analogo, in quanto le Antille Olandesi sono autonome sotto il profilo fiscale. L’accordo è datato 28 ottobre 1964, emendato il 5 dicembre 1985.

La Corte Suprema, invece, ha ritenuto che anche qualora la società fosse stata amministrata in uno Stato terzo, essa avrebbe continuato ad essere considerata residente nelle Antille ai fini dell'accordo con i Paesi Bassi.

In questa sentenza, dunque, l'Hoge Raad ha negato l'ultrattività del funzionamento di un eventuale trattato tra le Antille Olandesi e lo Stato in cui la società è amministrata ai fini dei rapporti con lo Stato della fonte del reddito erogato alla *dual resident company* (i Paesi Bassi).

Nonostante la sentenza appaia corretta, non è chiaro quanta influenza abbia avuto sulla decisione della corte, l'assenza nel testo, allora vigente dell'accordo tra Paesi Bassi ed Antille, di una norma corrispondente al secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, del Modello OCSE.

Come vedremo più avanti l'importanza attribuita, anche in sede di modifica al Commentario del 2008, alla disposizione contenuta nel secondo periodo dell'articolo 4, paragrafo 1, del Modello OCSE sia eccessiva. Tale norma, invero, è stata introdotta nel modello OCSE soltanto nel 1977 e non vi è alcuna conferma della circostanza che tale aggiunta abbia voluto modificare sostanzialmente il contenuto dell'articolo 4. Inoltre, la circostanza che molti trattati ad oggi in vigore non contengono tal disposizione sembra confermare che la stessa è spesso ritenuta superflua o comunque non cruciale nell'interpretazione dell'articolo 4.

Passiamo ora ad analizzare il caso di una società con doppia residenza che paga un reddito a un soggetto residente in uno Stato terzo.

In questa fattispecie, inversa rispetto a quella in precedenza descritta, la società Delta, risiede sia nello Stato A sia nello Stato B ai fini della rispettiva legge interna dei due Stati, tuttavia essa è residente nello Stato A ai fini dell'applicazione della convenzione tra gli Stati A e B e corrisponde interessi alla società Gamma che è residente nello Stato C.

In tale situazione in diritto, la questione è se il Trattato sottoscritto tra lo Stato A

(“perdente”) e lo Stato C (Stato di residenza del percettore degli interessi) autorizzi il primo a prelevare una forma di imposizione sugli interessi pagati a Gamma.

Assumendo che tutti e tre gli Stati abbiano concluso tra loro convenzioni conformi al Modello OCSE, allora sia la convenzione tra A e C sia quella tra B e C contengono le seguenti previsioni dell’articolo 11, paragrafi 1, 2 e 5⁸⁸.

Alla luce di quanto indicato, si deve ritenere legittima la facoltà da parte dello Stato A di prelevare una forma di imposizione sugli interessi corrisposti a Gamma; ciò a prescindere dalla circostanza che Delta, sebbene sia residente in B ai fini del trattato tra A e B, abbia una base fissa di affari in A a cui sia riferibile il debito da cui consegue l’obbligo di corrispondere gli interessi.

In tal caso, infatti, lo Stato A potrebbe comunque prelevare una ritenuta:

- i) ai sensi dell’art. 11, paragrafo 5, primo periodo della convenzione tra A e C (cioè a dire, quale Stato di residenza di Delta ai fini della convenzione tra A e C), nel caso in cui, come si ritiene corretto, la “*tie-breaker rule*” contenuta nel trattato tra A e B non espliciti effetto nel trattato tra A e C;
- ii) ai sensi dell’art. 11, paragrafo 5, secondo periodo della convenzione tra A e C (cioè a dire, quale Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione - la stabile organizzazione convenzionale”) nel caso in cui si affermi, erroneamente, l’ultrattività della “*tie-breaker rule*” contenuta nel trattato tra A e B.

Quindi, sia lo Stato A sia lo Stato B potranno applicare una ritenuta sugli

⁸⁸ Art. 11 par 1,2 e 5 recitano: “1) Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. 2) However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation. [...] 5) Interest shall be deemed to arise in a Contracting State when the payer is a resident of that State. Where, however, the person paying the interest, whether he is a resident of a Contracting State or not, has in a Contracting State a permanent establishment in connection with which the indebtedness on which the interest is paid was incurred, and such interest is borne by such permanent establishment, then such interest shall be deemed to arise in the State in which the permanent establishment is situated. [...]”.

interessi. Lo Stato A ai sensi del secondo periodo del paragrafo 5 dell'articolo 11, mentre lo Stato B ai sensi del primo periodo del paragrafo 5 dello stesso articolo 11.

Nel caso di specie, diversamente dalla situazione in cui la società *dual resident* sia il percettore del reddito, il soggetto chiamato a decidere dell'eventuale ultrattività della convenzione tra i due Stati di residenza è lo Stato che dovrebbe applicare la ritenuta e che, quindi, ha tutto l'interesse a dare rilevanza alla residenza della società nel suo territorio; e ciò a prescindere dalla sussistenza o meno di una stabile organizzazione (la "stabile organizzazione convenzionale") di Delta nello Stato A.

Conformemente a quanto già affermato in merito all'efficacia della "residenza convenzionale" ai soli fini della convenzione tra i due Stati contraenti che si ritengono essere gli "Stati di residenza", si dovrebbe affermare che gli interessi in questione potrebbero essere assoggettati a ritenuta in entrambi gli Stati. Di talché, lo Stato di residenza sarebbe tenuto a dare un doppio credito per le imposte prelevate nei due Stati.

La giurisprudenza ha avuto occasione, invece, di soffermarsi sul diverso problema delle distribuzioni di dividendi da parte di una società con doppia residenza.

In particolare si segnalano due pronunce da parte della Corte Suprema olandese (Hoge Raad) e una della Federal Court of Trial Division del Canada che, in due fattispecie molto simili, hanno raggiunto analoghe conclusioni ancorché attraverso percorsi logici ed interpretativi differenti.

Analizziamo inizialmente la soluzione del caso triangolare che si fonda sull'art 10(5) del Modello OCSE. La sentenza del Hoge Raad olandese del 1992 e la decisione canadese sul caso Hunter Douglas del 1979.

La prima sentenza⁸⁹, del 1992, riguarda una società residente negli Stati Uniti

⁸⁹ Caso 27 252, BNB 1992/379. Il caso è commentato da K. VAN RAAD, *Triangular cases*, cit., p.301.

(“HolCo”) che riceveva dividendi da una società costituita nei Paesi Bassi e amministrata in Irlanda (“OpCo”).

OpCo era pertanto residente ai fini interni sia nei Paesi Bassi sia in Irlanda ma, ai fini della convenzione tra Irlanda e Paesi Bassi, essa era residente in Irlanda.

La questione portata all’attenzione della Suprema Corte ineriva all’accertamento del diritto dei Paesi Bassi di prelevare una ritenuta alla fonte sui dividendi nella misura prevista dalla convenzione tra Paesi Bassi e Stati Uniti.

Lo Hoge Raad concluse che, ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 9 della convenzione tra Irlanda e Paesi Bassi⁹⁰, i Paesi Bassi non potevano prelevare alcuna ritenuta alla fonte sui dividendi.

L’articolo 8, paragrafo 9, della convenzione recita come segue:

“Where a company which is a resident of one of the States derives profits or income from the other State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company to persons who are not residents of that other State, or subject the company's undistributed profits to a tax on undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.”.

Tale disposizione si conforma al testo dell’art. 10, paragrafo 5⁹¹ del Modello OCSE, il quale, in base al paragrafo 34 del Commentario OCSE, che si pronuncia proprio sul suddetto articolo, illustra lo stesso sia volto a vietare la c.d. imposizione extraterritoriale dei dividendi, ovvero l’imposizione da parte di quegli Stati che non sono né stati della fonte del reddito (ovvero lo Stato di residenza della società che distribuisce i dividendi) né lo Stato di residenza o di localizzazione (in caso di stabile organizzazione) del socio:

⁹⁰ Convenzione dell’11 febbraio 1969, in vigore dal 12 maggio 1970.

⁹¹ *“Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company, except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax on the company's undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.”.*

A parere della Hoge Raad tale norma trova applicazione anche al caso in cui lo Stato che voglia applicare la ritenuta sui dividendi sia, in base alla sua legge interna, lo Stato di residenza della società che paga il dividendo, ma non si qualifichi come Stato di “residenza convenzionale” in relazione all’applicazione di un altro trattato i.e. quello sottoscritto con un terzo Stato, cioè a dire diverso da quello di residenza (convenzionale) del percettore del dividendo.

La Corte Suprema olandese, pertanto, adottando la propria decisione ha attribuito all’art. 10, paragrafo 5 non solo la funzione di norma che vieta la c.d. *secondary withholding tax* ma anche la funzione di norma che vieta una qualsiasi forma di imposizione extraterritoriale delle società.

La finalità dell’articolo 10, paragrafo 5 è, infatti, di prevenire la tassazione dei dividendi e degli utili non distribuiti da parte di Stati diversi da quello di residenza della società distributrice; tale preclusione non opera, ad evidenza, quando la stabile organizzazione del socio, alla quale i dividendi sono effettivamente connessi, si trova in uno Stato contraente o quando si tratta di tassare il reddito prodotto dalla stabile organizzazione della società non residente che distribuisce i dividendi.

In questo senso il paragrafo 5 evita la tassazione, da parte dello Stato di non residenza della società, anche con riferimento ai dividendi che non sono corrisposti ad un residente dell’altro Stato contraente, bensì a un residente di uno Stato terzo.⁹²

Ritornando al caso deciso dalla Hoge Raad, i Paesi Bassi non qualificandosi come lo Stato di residenza in base al trattato Paesi Bassi - Irlanda, non possono di conseguenza assoggettare ad imposizione né i dividendi della società irlandese pagati a soci residenti in Irlanda né quelli pagati a favore di soci residenti in Stati terzi.

Il caso in commento non tratta quindi della indubbia capacità dell’articolo 10, paragrafo 5, di operare in situazioni triangolari, quanto la possibilità che esso

⁹² Si veda K. VOGEL, KLAUS VOGEL on *double taxation conventions*, cit., p. 694 m. n. 258.

sia applicabile nell'ipotesi in cui lo Stato a cui è diretto il divieto sia lo Stato di residenza della società che distribuisce i dividendi in base alla propria legge interna ma perda tale qualificazione in base alla convenzione con un Stato terzo rispetto a quello di residenza del percettore dei dividendi.

E' opinione di una parte della dottrina⁹³, che la risposta fornita dalla Hoge Raad sia del tutto corretta. L'articolo 10, paragrafo 5, proibisce infatti la tassazione dei dividendi da parte dello Stato contraente che non sia lo Stato di residenza della società che paga i dividendi. In altri termini, nel contesto di applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, il ricorso alla legge interna deve essere effettuato solo nei limiti richiesti ed imposti dalla convenzione medesima, la quale tuttavia opera quale sistema di norme autonomo rispetto alle disposizioni interne degli Stati contraenti le cui definizioni non sono applicabili alla dimensione convenzionale.

Il percorso logico interpretativo applicato dalla Hoge Raad era già stato adottato nella (precedente) sentenza della Federal Court of Trial Division canadese nel caso Hunter Douglas.⁹⁴

I fatti di causa erano per certi versi simili a quelli affrontati dalla Corte suprema olandese.

Infatti, la società canadese Hunter Douglas Ltd. aveva trasferito la propria sede dell'amministrazione nei Paesi Bassi ed aveva successivamente ceduto il ramo di azienda canadese ad una controllata residente in Canada e distribuito i dividendi ai propri soci residenti in uno Stato terzo. Anche in questo caso, la Corte ha interpretato l'articolo 10, paragrafo 5, come norma atta ad impedire al Canada di applicare la ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società ivi residente ai fini della norma interna ma residente nei Paesi Bassi ai fini dell'applicazione della relativa convenzione.

Passiamo ora ad analizzare la soluzione del caso triangolare che si fonda

⁹³ Si veda K. VOGEL, KLAUS VOGEL on *double taxation conventions*, cit., p. 694 m. n. 257

⁹⁴ Hunter Douglas v. The Queen [1979] CTC 424, 799 DTC 5340.

sull'interazione tra gli articoli 4 e 10, paragrafo 1, del Modello OCSE ripresa nella sentenza del Hoge Raad olandese del 28 febbraio 2001⁹⁵.

La sentenza ha deciso su un caso di doppia residenza simile a quello descritto sopra, giungendo tuttavia ad una diversa soluzione fondata sul tenore letterale del paragrafo 5 dell'articolo 10 del Modello OCSE.

I fatti di causa possono essere riassunti come segue: nel 1990 i soci di una società olandese ("X BV") trasferiscono la loro residenza fiscale in Belgio. Successivamente, la sede dell'amministrazione di X BV viene trasferita nelle Antille Olandesi. I soci cedono una parte delle partecipazioni in X BV alla società stessa ("buy-back"). Ai fini fiscali, nei Paesi Bassi l'acquisto di azioni proprie è trattato alla stregua di un dividendo e assoggettato a ritenuta alla fonte.

La società (residente ai fini fiscali in Belgio) non ha effettuato alcuna ritenuta alla fonte sul *buy-back* ritenendo che i Paesi Bassi non avessero il diritto di assoggettare a ritenuta il dividendo. L'amministrazione finanziaria ha quindi contestato tale comportamento e ritenuto illegittimo il mancato versamento della ritenuta ridotta del 15% (in luogo della ritenuta interna del 25%) prevista dal trattato tra Belgio e Paesi Bassi.

L'Accordo in essere tra i Paesi Bassi e le Antille Olandesi⁹⁶ contiene una previsione simile all'art. 4, paragrafo 3, del Modello OCSE in forza del quale una società che è considerata essere residente in entrambi gli stati contraenti in base alle relative norme interne deve essere considerata residente nel paese in cui risulta ubicata la sua sede di amministrazione effettiva ("*place of effective management*"). Inoltre, tale regola rileva anche ai fini della legge dei Paesi Bassi in tema di tassazione dei dividendi, la quale prevede delle norme anti abuso volte ad evitare la non applicazione delle ritenute in quelle fattispecie in cui la

⁹⁵ La sentenza è commentata da S. DAMEN, Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries, in Bulletin for international fiscal documentation, 2001, p. 290 e da P. M. SMIT, Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of the Supreme Court of 28 February 2001, in European Taxation, 2002, p. 155.

⁹⁶ L'accordo fiscale tra Paesi Bassi ed Antille Olandesi non è un vero e proprio trattato, ma funziona in modo sostanzialmente analogo, in quanto le Antille Olandesi sono autonome sotto il profilo fiscale. L'accordo è datato 28 ottobre 1964, emendato il 5 dicembre 1985.

ragione principale o esclusiva del trasferimento della sede dell'amministrazione effettiva fosse di impedire la tassazione dei dividendi⁹⁷.

I giudici di primo grado avevano concluso che il trasferimento della sede di direzione effettiva nelle Antille Olandesi non era avvenuto allo scopo (esclusivo o principale) di evitare l'applicazione della tassazione sui dividendi; di conseguenza, la società era da considerarsi residente nelle Antille Olandesi ai fini dell'Accordo.

La Corte aveva altresì concluso affermando che in considerazione della residenza nelle Antille Olandesi ai fini dell'Accordo, i Paesi Bassi non avrebbero potuto prelevare una ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società. Essi tuttavia hanno omesso di illustrare il percorso logico-giuridico che li ha condotti a tale sentenza.

Nel merito, sembrerebbe potersi escludere che i giudici abbiano sposato il ragionamento giuridico adottato nella sentenza della Hoge Raad del 1992 danzi citata posto che nell'Accordo non esiste una norma simile all'art. 10, paragrafo 5, del Modello OCSE.

La Corte, invece che rifarsi alla disposizione in tema di tassazione alla fonte dei dividendi tra i due Stati di residenza della società erogante, fonda la propria decisione sul combinato disposto dell'articolo 4 e dell'articolo 10, paragrafo 1, della convenzione tra Paesi Bassi e Belgio⁹⁸ (Stato di residenza dei soci). Pertanto, diversamente dal citato caso del 1992, la soluzione non trova fondamento su una norma (l'articolo 10, paragrafo 5,) del trattato tra i due Stati di residenza, bensì su norme del trattato in essere tra lo Stato dei soci e lo Stato di residenza della società perdente in conseguenza dell'applicazione della *tie-breaker rule*.

E' opportuno notare che sia l'articolo 4 sia l'articolo 10, paragrafo 1, del trattato tra Belgio e Paesi Bassi corrispondono alle analoghe disposizioni del Modello

⁹⁷ Cfr. articolo 34, paragrafo 2 dell'Accordo.

⁹⁸ Convenzione tra Belgio e Paesi Bassi del 19 ottobre 1970, in vigore dal 1 ottobre 1971, non più in vigore.

OCSE.

È altresì interessante osservare come l'articolo II del Protocollo integri il disposto dell'articolo 4 ("Ai fini della presente convenzione, il termine "residente di uno degli Stati" si riferisce ad ogni persona che, in base alle leggi di quello Stato, è assoggettata ad imposta sulla base del suo domicilio, residenza, sede dell'amministrazione, o altro criterio di natura analoga...") specificando che l'espressione "in base alle leggi di quello Stato" usata nell'Articolo 4, paragrafo 1 significa la legge dello Stato come modifica ed integrata dagli accordi internazionali".

La Corte sostiene che ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, del trattato tra i Paesi Bassi ed il Belgio, i dividendi percepiti da soggetti residenti in Belgio possono essere assoggettati ad imposizione nei Paesi Bassi solo se la società che li distribuisce è ivi residente. Nondimeno, in considerazione del fatto che l'articolo 4 del trattato stabilisce che una società è residente nei Paesi Bassi soltanto se è ivi soggetta a imposizione sul reddito mondiale in base alla legge olandese (siccome modificata ed integrata dai trattati) la società non può essere considerata residente nei Paesi Bassi a fini del trattato tra questi ultimi ed il Belgio atteso che per effetto della *tie breaker rule* i paesi bassi non sono più lo Stato di residenza convenzionale della società olandese.

La Corte Suprema ha sposato la tesi sostenuta dal Ministero delle finanze olandese nel Decreto del 1989; essa, ha infatti riconosciuto l'ultrattività della perdita di residenza nella convenzione nei Paesi Bassi a favore del Belgio, anche nei confronti di una convenzione sottoscritta con uno Stato terzo (le Antille Olandesi).

In questo caso, tuttavia, la tesi dell'ultrattività della "residenza convenzionale" è andata a svantaggio dell'amministrazione finanziaria atteso che nessuna ritenuta sui dividendi può essere applicata nei Paesi Bassi (Stato "perdente").

Alla luce del contenuto argomentativo della sentenza e delle previsioni normative di riferimento, appare possibile sostenere che l'effetto degli "accordi

internazionali” sulla norma interna (“come modificata ed integrata dagli accordi internazionali” cioè a dire dal Trattato tra i Paesi Bassi e le Antille Olandesi) abbia comportato la perdita della residenza fiscale della società nei Paesi Bassi; il richiamo alla norma interna, siccome modificata dagli accordi internazionali ha, infatti, avuto un impatto sull’applicazione della Convenzione tra i Paesi Bassi ed il Belgio, negando la residenza fiscale olandese alla società.

Questo sembra essere in contrasto con la tesi, sostenuta dalla Hoge Raad nella sentenza precedentemente commentata e dall’OCSE con le modifiche al Commentario del 2008. Invero, nella sentenza in commento la perdita della residenza olandese ai fini convenzionali è imposta dalla circostanza che essa deve, ai sensi dell’art. II del Protocollo della Convenzione tra i Paesi Bassi ed il Belgio, essere valutata avendo anche a riferimento le previsioni di altri trattati (i.e. l’Accordo tra Paesi Bassi e le Antille Olandesi). Di talché, laddove tale previsione non sussista, come accade nella maggior parte dei casi, non sembrerebbe possibile negare la residenza convenzionale ad una società solo perché essa ha perso la residenza in relazione ad un’altra convenzione per evitare le doppie imposizioni. In assenza di disposizioni ad hoc, infatti, tale ultima convenzione non dovrebbe avere alcun effetto sia sulla norma interna dello Stato perdente sia sulle altre convenzioni dallo stesso sottoscritte.

Diversamente argomentando, se si volesse valorizzare la circostanza che la Hoge Raad non sembra aver fatto in alcun modo riferimento agli effetti determinati dall’articolo II del Protocollo della convenzione sottoscritta tra i Paesi Bassi e il Belgio, allora l’amministrazione finanziaria olandese, pur avendo perso in questa circostanza, ne uscirebbe rafforzata; essa, infatti, potrebbe legittimamente sostenere il diritto a negare il requisito della residenza ai fini convenzionali alle società costituite nei Paesi Bassi che sono tuttavia amministrate in un altro Stato, quando queste chiedano di beneficiare del trattato concluso dai Paesi Bassi con lo Stato della fonte del reddito, diverso dallo Stato in cui è ubicato la sede dell’amministrazione.

E’ opportuno notare come sia con riferimento alla posizione espressa del

Ministero delle finanze olandese del 1989 sia con quella adottata dall'IRS statunitense (nonché infine dall'OCSE con le modifiche al Commentario del 2008), le vicende riguardavano una società con doppia residenza che riceveva elementi di reddito ed alla quale è stata preclusa la possibilità di avvalersi del trattato migliore tra lo Stato della fonte e ciascuno dei due Stati di residenza.

Ebbene è curioso notare come in entrambe le prese di posizione delle amministrazioni finanziarie olandesi e statunitensi, nessuna considerazione è stata svolta in merito all'applicazione del principio della perdita della residenza convenzionale nel caso opposto in cui la società che eroga il reddito sia *dual resident*. In tale caso, infatti, l'amministrazione finanziaria dello Stato "perdente" all'esito della *tie-breaker rule* perde anche la possibilità di tassare il reddito quale Stato della fonte per effetto dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 7 (ovvero 21) del trattato sottoscritto tra lo Stato perdente e lo Stato di residenza del percettore del reddito. Tale esito, sebbene forse non gradito alle amministrazioni fiscali degli Stati perdenti, deve considerarsi pacifico e del tutto coerente con il sistema anche alla luce delle modifiche apportate al Commentario del 2008.

Come già indicato in precedenza, nel 2008 l'OCSE ha modificato il Commentario all'art. 4, paragrafo 1, negando la residenza ai fini convenzionali (cioè a dire con riferimento a tutte le convenzioni per evitare le doppie imposizioni sottoscritte da un determinato Stato) a quelle "persone" che, seppur residenti ai fini interni (e quindi anche convenzionali) in uno Stato, sono tuttavia considerati non residenti ai fini di una particolare convenzione sottoscritta da quello Stato.

Di fatto, l'OCSE ha aderito alle tesi già adottata dall'amministrazione fiscale americana e dalla suprema corte olandese dianzi riportate. Si tratta, ad evidenza, di una interpretazione restrittiva dettata da finalità anti-abuso che fa perno su una interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 1, secondo periodo del Modello OCSE che se, forse, compatibile con il tenore letterale della norma, di certo ne altera pregiudizialmente il senso, attribuendo ad essa una significato ed una

funzione diversa rispetto a quella ad essa attribuito in sede di sua introduzione nel Modello OCSE del 1977.

A tal proposito e per meglio comprendere la reale portata della disposizione in questione, è opportuno illustrare il contenuto e le ragioni che hanno portato alla sua introduzione. Il primo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4 chiarisce che "ai fini dell'applicazione della convenzione il termine "residente di uno Stato contraente" significa ogni persona che, in base alla legislazione di quello Stato, è soggetta ad imposizione in ragione del suo domicilio, della sua residenza, del suo luogo di gestione o di qualsiasi altro criterio di natura simile, e inoltre include quello stato ed ogni sua suddivisione politica o autorità locale"⁹⁹.

Attraverso l'ausilio del Commentario è chiaro che il primo periodo è rivolto a quelle "persone" che in base alla legislazione fiscale di uno Stato contraente sono ivi soggette ad imposizione sul loro reddito mondiale¹⁰⁰ (ovvero sono soggette alla più ampia forma di imposizione prevista dalla legislazione fiscale di quello Stato). Ciò significa che se in base alla legislazione fiscale di uno Stato contraente sussistono differenti categorie di contribuenti e solo uno (o alcune di esse) sono soggette ad imposizione sul reddito mondiale (ovvero sono soggette alla più ampia forma di imposizione prevista dalla legislazione fiscale di quello Stato), solo queste potranno definirsi come "residenti" ai fini dell'articolo 4.

E' da notare come il paragrafo 1 dell'articolo 4 del Modello OCSE del 1963 non contiene alcun secondo periodo. Tuttavia, la questione era già in qualche modo trattata nel relativo commentario il quale affermava¹⁰¹ che: "*An individual, however, is not to be considered a 'resident of a Contracting State' in the sense of the Convention if, although not domiciled in that State, he*

⁹⁹ Il testo in lingua inglese recita come segue: "For the purposes of this Convention, the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof." .

¹⁰⁰ Cfr. paragrafo 8, quarto periodo del Commentario all'articolo 4.

¹⁰¹ Paragrafo 10 del Commentario all'articolo 4.

is considered as a resident according to national law and is only subject to a limited taxation on the income arising in that State.”

Il secondo periodo del paragrafo 1 in questione è stato aggiunto nel Modello OCSE del 1977 e contiene un’eccezione alla regola riportata nel primo periodo. Essa, infatti, recita come segue; “questo termine [il termine “residente”, n.d.A.] non include ogni persona che è soggetta ad imposizione in quello Stato solo con riferimento ad elementi di reddito (o di capitale) la cui fonte è in quello Stato”¹⁰². Pertanto, ai sensi del secondo periodo non sono considerati “residenti” ai fini della convenzione quelle “persone” che sono soggette ad imposizione in quello Stato solo con riferimento a redditi sorti in quello Stato.

Dalla lettura dei Commentari del 1963 e del 1977 è chiaro che il contesto di riferimento è quello delle persone fisiche e che la preoccupazione che portò all’inserimento del periodo in questione fu quella di evitare che gli individui potessero avere accesso ai trattati sottoscritti da uno Stato senza essere ivi soggetti alla forma più ampia di imposizione prevista in quello Stato.

Da tale contesto appare quindi difficile ipotizzare una questione di “*treaty shopping*”, cioè a dire di una pratica intesa alla scelta della giurisdizione con un network di trattati migliore, alla quale si volle dare risposta attraverso l’inserimento del periodo in commento. Invero, trattandosi di una disposizione pensata per il personale diplomatico, non può certo dirsi che la scelta dello Stato di residenza “a tassazione limitata” (di cui appunto “sfruttare” il network di trattati) sia nella facoltà del personale diplomatico il quale “subisce” il distacco e non ne è il dominus.

E’ quindi di tutta evidenza che si tratta di una norma “di sistema” che si ricollega al contenuto del primo periodo volto a riconoscere la protezione del trattato solo quelle “persone” che sono soggette alla più ampia forma di imposizione nel proprio Stato di residenza. Soggezione che, non pertiene al personale diplomatico distaccato all’esteso.

¹⁰² Il testo in lingua inglese recita come segue: “This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.” .

Come ricordato, il Commentario¹⁰³ chiaramente spiega che tale disposizione è stata inserita per chiarire la posizione del personale diplomatico. Di talché, appare possibile affermare che, in assenza del secondo periodo in questione, le “persone” soggette ad imposizione in uno Stato contraente solo con riferimento a redditi sorti in quello Stato dovrebbero considerarsi “residenti” ai fini della convenzione.

È quindi necessario illustrare il contesto normativo internazionale di riferimento che inerisce alla imposizione fiscale del personale diplomatico distaccato all'estero. Il personale diplomatico dello Stato X che viene inviato nello Stato Y, mantiene in genere la residenza fiscale nel primo Stato (X) ed acquisisce anche la residenza fiscale del secondo Stato (Y). Infatti, seppur è vero che il personale diplomatico ai sensi dell'art 34, lettera d) della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, conclusa a Vienna il 18 aprile 1961, è “esente da ogni imposta”, la lettera d) esclude l'esenzione da redditi che hanno la fonte in quello Stato¹⁰⁴.

Pertanto, stante il testo del primo periodo del primo paragrafo dell'articolo 4, il personale diplomatico avrebbe potuto qualificarsi come “residente” di tutti i trattati sottoscritti da entrambi gli Stati (X e Y). Al fine di eliminare tale vantaggio è stato quindi inserito il secondo periodo.

Come rilevato da autorevole dottrina¹⁰⁵, il testo del secondo periodo contiene la parola “fonte” (“*source*”) che è tutt'altro che comune all'interno del Modello OCSE essendo utilizzata solo due volte: nell'articolo 4, paragrafo 1 e nell'articolo 20. Nondimeno, si ritiene che l'utilizzo di tale terminologia sia stretta conseguenza della previsione dell'articolo 34, lettera d) della citata Convenzione di Vienna il cui testo in lingua inglese è leggermente difforme dalla traduzione proposta in lingua italiana e riporta esattamente la parola fonte

¹⁰³ Cfr. paragrafo 8.1, ultimo periodo, del Commentario all'articolo 4.

¹⁰⁴ A tal proposito il testo in lingua inglese è più chiaro in quanto afferma che l'esenzione non è dovuta con riferimento a “[d]ues and taxes on private income having its source in the receiving State and capital taxes on investments made in commercial undertakings in the receiving State;”

¹⁰⁵ KEES VAN RAAD, 2008 OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in *Dual Residence Issues under the Updated Commentary*, in *Bullettin for International Taxation*, May/June 2009, p.187.

(“*source*”).

Pertanto, alla luce di quanto dianzi indicato, pare possibile affermare che la (unica) conseguenza del secondo periodo in commento sia quella di evitare che il personale diplomatico dello Stato X operante nello Stato Y possa acquisire la qualifica di “residente” ai fini delle convenzioni sottoscritte da quest’ultimo Stato.

Si badi che la disposizione del secondo periodo ha un effetto ben più ampio (quantomeno fino alle modifiche del 2008) della “*tie breaker rule*”, contenuta all’articolo 4, paragrafi 2 e 3. Quest’ultima, infatti, si limita agli effetti della singola convenzione (nel caso di specie) tra lo Stato X e lo Stato Y, mentre il secondo periodo ha un effetto assoluto nei confronti di ogni convenzioni sottoscritta da quest’ultimo Stato.

Chiariti i termini e le ragioni dell’inserimento del secondo periodo del primo paragrafo dell’articolo 4, è opportuno altresì ricordare che il Commentario del 1992 ha inserito una frase in forza della quale “in armonia con il testo e le finalità della norma, il secondo periodo esclude dalla definizione di “residente di uno Stato contraente” anche le società i cui soci sono non residenti e che sono soggette a regimi impositivi che esentano i redditi di fonte estera al fine di attrarre società conduit”. Si tratta quindi di “persone” che sono soggette alle ordinarie forme di imposizione sui redditi di fonte interna ma che beneficiano di una esenzione limitatamente ai redditi di fonte estera; questo tipo di regime fiscale è di norma pensato dai legislatori nazionali per attrarre società estere che operano sull’estero.

Come già ricordato la modifica al Commentario del 2008 prevede che il secondo periodo in questione “esclude anche [dalla definizione di “residente di uno Stato contraente”] società ed altre entità che non sono soggette ad una forma di tassazione sul reddito mondiale in uno Stato contraente poiché le stesse, sebbene residenti in quello Stato contraente in base alla sua legge fiscale interna, sono considerate essere residenti di un altro Stato per effetto di

un trattato tra questi [ultimi] due Stati”.

Le ragioni di questa modifica debbono essere ricercate nella convinzione dell'OCSE che una società che è residente in uno Stato ai fini della normativa interno di quello Stato e che perde la residenza convenzionale (in quello Stato) per effetto di una convenzione, sia soggetta ad imposizione (in quello Stato) solo con riferimento a redditi che hanno ivi fonte.

Sul piano dell'interpretazione dei trattati, la recente modifica OCSE può essere contrastata in base a plurime linee argomentative.

La prima¹⁰⁶, inerisce all'imprecisione concettuale di “fonte” a cui fa riferimento il Commentario OCSE e sul cui concetto si appoggiano le argomentazioni di natura letterale a supporto della modifica del 2008. A tal proposito, si vedrà in seguito come tale concetto possa avere una pluralità di significati; appare quindi quantomeno singolare che l'OCSE appoggi la propria tesi su un'interpretazione (letterale) della norma che fa perno proprio sul concetto di “fonte” (“*source*”), senza tuttavia sentire l'esigenza di cimentarsi in una qualche forma di sua elaborazione; l'effetto è quindi quello di indebolire tale tesi.

Inoltre, la scarsa consistenza delle (altrettanto esigue) motivazioni addotte dall'OCSE quale giustificazione del proprio cambio di interpretazione rafforza la tesi che si sia semplicemente cercato di trovare una (apparente) giustificazione, con argomentazioni di carattere teleologico, ad una decisione che è in realtà affonda la propria genesi esclusivamente in ragioni di prevenzione di forme di elusione fiscale internazionale fondate sulle “*dual resident company*”.

A tal proposito, pare utile analizzare il seppur ridotto materiale a disposizione reso pubblico dall'OCSE che ha portato alla modifica del 2008. Nel discussion draft che descrive e spiega le successive modifiche al Commentario del 2008, l'OCSE afferma quanto segue: “*A person, such as an individual or company, who is resident of two Contracting States under each State's domestic tax laws is*

¹⁰⁶ Sostenuta da VAN RAAD, OECD Model: *Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary*, op. cit., nota 559.

considered to be resident of only one of these States (the “winning State”) under paragraphs 2 or 3 of Article 4 (the “tie-breaker” rule) of the treaty between these two States. The changes below are primarily intended to clarify that this will affect the status of “resident” of that person for purposes of treaties that the other State (the “losing State”) may have concluded with third States since the effect of the treaty between the winning State and the losing State will be that the person will not be subject to the most comprehensive liability to tax in the losing State.”.

Tale proposta, venne fortemente contrastata dal BIAC (“Business and Industry Advisory Committee to the OECD”)¹⁰⁷; ed a queste obiezioni, l’OCSE rispose¹⁰⁸ tenendo il punto e giustificando la propria impostazione adducendo motivazioni di carattere teleologico.

Dalla lettura in controtelaio dei passaggi dianzi riportati, unitamente alla “ricostruzione storica” del secondo periodo analizzata in precedenza, appare, si perdoni l’ossimoro, “implicitamente chiara” la volontà dell’OCSE di colpire fenomeni elusivi cercando però di fondare la propria tesi su una evidenza di carattere letterale (il concetto di “fonte” di cui si parlerà a breve). Tuttavia non sapendo l’OCSE come difendere ed argomentare la propria volontà, pensa di trovare una (apparente) giustificazione in non meglio precisate ragioni di carattere sistematico relative al “contesto” delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Con riferimento alla giustificazione (apparente) rinvenibile nella parola “fonte” (“source”), è opportuno osservare che tale termine non è definito all’interno della convenzione; pertanto, ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, della stessa esso deve essere interpretato in coerenza con il significato (ad esso) attribuito dalla legge interna dello Stato contraente chiamato ad applicare il trattato, a meno che il “contesto” non richieda una interpretazione differente.

¹⁰⁷ Vedasi il documento “BIAC comments on the ECD Public Discussion Draft: Draft Comments of the 2008 Update to the OECD Model Convention, 31 May 2008”.

¹⁰⁸ Vedasi il documento “Response Of The Committee On Fiscal Affairs To The Comments Received On The April Discussion Draft On The 2008 Update To The Model Tax Convention” del 8 luglio 2008.

In base alla legislazione di molti Stati, la parola “fonte” non ha un autonomo significato dal punto di vista tributario. In tali circostanze, tale termine, inserito nella convenzione, dovrebbe essere interpretato in base all’articolo 31, primo paragrafo, della Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati, la quale prevede che al termine debba essere attribuito il suo “significato comune” avuto riferimento al loro contesto ed alla luce dell’oggetto e dello scopo del trattato.

Ebbene, in base alla lingua italiana, eliminando quei significati che sono palesemente estranei al contesto, il significato della parola “fonte” può essere identificato come “ciò da cui proviene qualcosa” oppure “punto di origine”, entrambi connotati dalla dimensione geografica del significato (significato comune). Avendo riguardo al contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni nonché al loro oggetto e finalità, la parola “fonte” è normalmente associata alle regole che allocano le potestà impositive degli Stati contraenti e, significativamente, all’ “altro Stato” (i.e. lo Stato diverso dallo Stato di residenza della “persona” che consegue il reddito) cioè a dire allo Stato che “può tassare” (“*may tax*”) il singolo elemento di reddito (significato convenzionale). Inoltre, in base alle leggi tributarie interne, il termine fonte è associato sia alla tassazione in capo ai non residenti che è limitata ai redditi di fonte interna (primo significato interno) sia alla concessione, a favore dei soggetti residenti, dei benefici per evitare la doppia imposizione in relazione ai redditi di fonte estera (secondo significato interno).

Come indicato in precedenza è assai verosimile che l’uso del termine “fonte” (“*source*”) nell’ambito del secondo periodo del primo paragrafo dell’articolo 4 sia correlato all’analogo termine (“*source*”) utilizzato nella Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche. Molti Stati aderenti hanno quindi introdotto nella propria legislazione interna previsioni volte ad esentare da imposizioni il personale diplomatico con riferimento a redditi diversi da quelli di “fonte” interna. Così operando, gli Stati hanno quindi applicato il primo significato interno della parola “fonte” descritto in precedenza.

Nondimeno, sia il (primo e secondo) significato interno sia il significato

convenzionale della parola “fonte” hanno un ambito di applicazione più ampio del significato comune (che come accennato ha una sua ben precisa dimensione geografica). Invero, l'imposizione prelevata dallo Stato di ubicazione della stabile organizzazione è (sulla base del significato interno e del significato convenzionale) una tassazione alla fonte tuttavia i redditi tassati non sono solo quelli aventi la fonte in quello Stato (significato comune).

Per rendere la questione ancora più complessa, va ricordato che la prassi prevede che le disposizioni dell'articolo 34 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche siano interpretate in base alla legislazione interna degli Stati aderenti; pertanto il significato di riferimento dovrebbe quindi essere quello definito come “primo significato interno”¹⁰⁹.

Tuttavia, in base alle modifiche al Commentario del 2008, è altresì evidente che il significato della parola “fonte” a cui l'OCSE ha fatto riferimento per giustificare il proprio cambio di interpretazione sia il significato convenzionale e non il “primo significato interno”.

Da un punto di vista teorico, ci si deve chiedere quale tra i due significati sia quello più corretto, e quindi prevalente, avendo a riferimento la Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati. Ragionevolmente, si dovrebbe concludere per la prevalenza del “primo significato interno” rispetto a quello “convenzionale”. Infatti, come ricordato, l'articolo 34 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche impone che le sue disposizioni siano interpretate in base alla legislazione interna degli Stati aderenti (i.e. il “primo significato interno”) ed il Commentario all'articolo 4 modificato nel 1977 fa esplicito riferimento alla posizione del personale diplomatico, di talché, si dovrebbe poter concludere che il “primo significato interno” sia quello rilevante. Diversamente, si potrebbe concludere che, stante il chiaro riferimento alla situazione del personale diplomatico fatta dall'OCSE, il termine “fonte” (“*source*”) menzionato nel secondo periodo possieda il “primo significato interno” ancorché esso sia

¹⁰⁹ In questo senso, VAN RAAD, OECD Model: *Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary*, op. cit., nota 559.

inserito all'interno di una convenzione per evitare le doppie imposizioni.

In ogni caso, l'analisi sin qui svolta porta a concludere a favore della erroneità della tesi dell'OCSE che, come già affermato, appare essere una tesi volutamente (e necessariamente) fondata su una interpretazione di natura letterale (forse anche suadente in prima approssimazione), volutamente propugnata per celare la reale volontà di combattere forme di elusione fiscale internazionale che però avrebbero trovato maggiore difficoltà di essere accolte alla luce della previsione in commento e del relativo retroterra storico e legale che ha portato alla sua introduzione nel Modello del 1977.

Sempre con riferimento al termine “fonte” (“*source*”) esiste un altro profilo di critica in base al quale le motivazioni opposte dall'OCSE nel *discussion draft* del 2008 non appaiono del tutto convincenti. La tesi dell'OCSE, infatti, sembra forzare (in modo implicito) il significato da attribuire al “secondo periodo” in commento il cui contenuto richiama l'imposizione “*in respect only of income from sources in that State*”. Ebbene, nel caso di una società che ha la doppia residenza è assai probabile che la sua presenza nello Stato “perdente” si qualificherà come stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 5 della convenzione in essere tra lo Stato “perdente” e lo Stato “vincente”. In tale circostanza, lo Stato “perdente” (che è anche lo Stato della fonte in quanto Stato di ubicazione della stabile organizzazione) avrà, nei rapporti tra i due Stati, il primario diritto di imposizione su tutti gli elementi di reddito che sono ad essa connessi quale che sia la loro fonte (ad esempio, interessi o royalties pagate da uno Stato terzo ma inerenti a rapporti di credito o a proprietà intellettuali economicamente – e fiscalmente – connesse alla stabile organizzazione). E' quindi questa la interpretazione del concetto di “fonte” (“*source*”) che implicitamente assume l'OCSE come rilevante per sostenere la propria interpretazione letterale.

Tuttavia, nella prospettiva della società dual resident gli elementi di reddito in commento (gli interessi ed le royalties citate) hanno anche un'altra fonte che è lo Stato di residenza della società che li corrisponde.

Nondimeno volendo l'OCSE necessariamente inquadrare la fattispecie delle società *dual resident* negli stretti confini del “secondo periodo” in questione, implicitamente disconosce la “fonte” (“*source*”) nello Stato terzo considerandola apparentemente sussunta nella “fonte” (“*source*”) rappresentata dalla stabile organizzazione ubicata nel territorio dello Stato “perdente”. Così operando ed altresì trascurando le ragioni storiche e legali che hanno portato all’inserimento del “secondo periodo” in questione, l'OCSE sembrerebbe aver cercato di giustificare la propria interpretazione “innovativa” del 2008.

Tuttavia, come indicato, nessuna traccia esiste di tale linea di ragionamento da parte dell'OCSE, con la conseguenza che la ricostruzione dianzi riportata è solo una ipotesi dottrinale¹¹⁰ volta a cercare di trovare una possibile giustificazione a tale innovazione, il cui merito peraltro non appare condiviso dalla medesima dottrina che la ha proposta.

Ebbene, avuto riguardo, da una parte, alla sostanziale assenza di argomentazioni proposte dall'OCSE a difesa della propria tesi e, dall'altra, ai profili di criticità che possono essere mossi alle sue possibili ricostruzioni tecniche, emerge in modo sempre più deciso la precarietà di tale interpretazione.

La percezione che si ha è che nell'ambito della sempre maggiore pressione contro il fenomeno della elusione internazionale, l'OCSE abbia ritenuto possibile giustificare una propria decisione di *tax policy* (quindi sganciata dal tenore letterale della norma), caricando di significato una frase (il “secondo periodo”) che presenta delle, seppur ridotte, aree di ambiguità letterali, nelle pieghe delle quali poter far rinvenire una qualche giustificazione apparente alle proprie tesi.

Inoltre, in aggiunta alla suindicate critiche all'interpretazione “innovativa” proposta dall'OCSE, è mia opinione che un altro profilo di contestazione possa trovare fondamento sull'incipit del primo paragrafo dell'articolo 4 del Modello OCSE; tale paragrafo recita come segue “[ai fini della presente convenzione, l'espressione “residente di uno stato contraente” significa....”. E' quindi

¹¹⁰ Sostenuta da RICHARD VANN, “*Liabale to tax and company residence under tax treaties*”, op cit., p. 253.

evidente come il secondo periodo si richiami esplicitamente al periodo precedente in quanto esso inizia con le parole “tuttavia, tale espressione (i.e. “residente di uno stato contraente”)”. Di talché, anche il secondo periodo è retto dall’incipit “[ai fini della presente convenzione]”. Se quanto detto è vero, allora non appare possibile interpretare il primo ed il secondo periodo (che riguardano esclusivamente una specifica convenzione) come norme dotate di (una sorta di) ultrattività, atta ad influenzare anche l’interpretazione e per ciò stesso l’applicazione di convenzioni per evitare le doppie imposizioni diverse da quella a cui si riferisce l’articolo 4, paragrafo 1 della specifica convenzione oggetto di applicazione.

Infine, vi è un’altra critica¹¹¹ all’interpretazione del 2008 che si fonda sulla stretta connessione tra “primo” e “secondo periodo” e sulla dipendenza di quest’ultimo dal primo. Si è visto in precedenza come nel “primo periodo” il riferimento alle leggi fiscali sia da intendersi in via esclusiva alle leggi interne dello Stato contraente di cui la “persona” è residente. Ebbene, non si comprende per quale ragione tale riferimento non debba essere rilevante anche nel “secondo periodo” laddove invece esso viene interpretato dall’OCSE avendo a riferimento non solo la legge interna di quello Stato ma anche tutti i trattati indiscriminatamente da esso sottoscritti.

In conclusione, per le ragioni dianzi riportate non si ritengono condivisibili che le modifiche asseritamente interpretative del 2008.

Nondimeno, quand’anche si volesse condividere o comunque considerare vincolante l’interpretazione OCSE, richiamando in questa sede quanto detto in precedenza in merito al valore ermeneutico del Commentario, ci si dovrebbe ulteriormente domandare se tali modifiche abbiano una portata “interpretativa” ovvero “innovativa”. A tal proposito, si dovrebbe addivenire alla conclusione che tale interpretazione ha una portata “innovativa” con la conseguenza che essa sarà verosimilmente applicabile solo con riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni negoziate successivamente al luglio 2008.

¹¹¹ In senso conforme, cfr. RICHARD VANN, op. cit., p. 253.

CAPITOLO IV:

Le convenzioni stipulate dall'Italia.

4.1) Analisi delle convenzioni concluse dall'Italia.

Le convenzioni per evitare le doppie imposizioni concluse dall'Italia, con riferimento alla nozione di residenza delle società, sono sostanzialmente coerenti con il Modello OCSE.

Analoghe conclusioni possono essere fatte con riferimento alla *tie-breaker rule* che determina la residenza convenzionale delle società *dual resident*. In alcuni casi, tuttavia, sono state adottate soluzioni divergenti rispetto al Modello che sono di seguito evidenziate.

Nel caso della convenzione con la Cina¹¹², vi è una peculiare formulazione che rischia di rendere inutile la disposizione medesima. Invero, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, in caso di doppia residenza la "persona" sarà considerata residente dello Stato contraente nel quale essa ha la sua "sede centrale" ovvero la sede della sua "direzione effettiva". Non si capisce pertanto come deve essere interpretata questa norma. Infatti, se il concetto di sede centrale e di sede di direzione effettiva coincidono allora non si comprende per quale ragione esse siano state indicate in modo separato.

Diversamente, se esse sottengono concetti diversi vi è il rischio che la funzione di *tie breaker* attribuita alla norma in commento non possa essere assolta qualora le due sedi fossero ubicate una ciascuna negli Stati contraenti. In tale caso, probabilmente soccorrerebbe la procedura amichevole, con riferimento alla quale tuttavia risulta assente alcun obbligo di risultato.

Al di là della peculiarità della convenzione con la Cina, un primo gruppo di convenzioni prescinde totalmente dall'adottare una vera e propria *tie-breaker*

¹¹² Convenzione firmata a Pechino il 31 ottobre 1986 e ratificata con legge n. 376 del 31 ottobre 1989. In vigore dal 13 dicembre 1990. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sua sede centrale o la sede della sua direzione effettiva." (sottolineatura aggiunta).

rule, preferendo ricorrere direttamente ad una procedura amichevole tra gli Stati che determini la residenza della società, avuto riguardo al suo luogo di costituzione, al luogo in cui risulta ubicata la sua sede di direzione effettiva e ad ogni altro criterio pertinente.

Tra questo gruppo, si rileva come i trattati con gli Stati Uniti ¹¹³, la Bielorussia ¹¹⁴, il Giappone ¹¹⁵, la Thailandia ¹¹⁶ non disciplinano le conseguenze di un mancato accordo tra gli Stati (con ciò lasciando di fatto irrisolto il conflitto); diversamente, le convenzioni con il Canada ¹¹⁷, la Lituania ¹¹⁸, la Lettonia ¹¹⁹ e

¹¹³ Conclusa a Roma il 17 aprile 1984. Ratificata con Legge dell'11 dicembre 1985, n. 763 ed entrata in vigore il 30 dicembre 1985. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica o da una società è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le competenti Autorità degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione nei confronti di tale persona."

¹¹⁴ Convenzione firmata a Minsk l'11 agosto 2005 e ratificata con legge n. 74 del 29 maggio 2009. In vigore dal 30 novembre 2009. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo."

¹¹⁵ Conclusa Convenzione firmata a Tokyo il 20 marzo 1969 e ratificata con legge n. 855 del 18 dicembre 1972. In vigore dal 17 marzo 1973. Si veda l'articolo 4, paragrafo 2: "Quando in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona è residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti determineranno di comune accordo lo Stato contraente di cui detta persona dovrà essere considerata residente ai fini della presente Convenzione."

¹¹⁶ Conclusa a Bangkok il 22 dicembre 1977. Ratificata con Legge 2 aprile 1980, n. 202 ed entrata in vigore il 31 maggio 1980. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo."

¹¹⁷ Convenzione conclusa a Ottawa il 3 giugno 2002. Ratificata con Legge 24 marzo 2011, n. 42 ed entrata in vigore il 15 aprile 2011. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede della sua direzione effettiva, al luogo in cui essa è stata costituita o creata e ad ogni altro elemento pertinente. In mancanza di tale accordo, la detta persona non a diritto a rivendicare alcuno sgravio o esenzione dalle imposte previsto dalla Convenzione."

¹¹⁸ Conclusa a Vilnius il 4 aprile 1996. Ratificata con Legge 9 febbraio 1999, n. 31 ed entrata in vigore il 3 giugno 1999. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede di sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 24 incluso e dell'articolo 26."

¹¹⁹ Convenzione firmata a Riga il 21 maggio 1997 e ratificata con legge n. 73 del 18 marzo 2008. In vigore dal 16 giugno 2008. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede di sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 24 incluso e dell'articolo 26."

con l'Estonia ¹²⁰ stabiliscono espressamente che, in assenza di un accordo tra gli Stati contraenti, la società non potrà affatto beneficiare del trattato.

Come abbiamo già avuto modo di notare, la locuzione finale, in base alla quale, in assenza di accordo tra gli Stati contraenti, la società non potrà avere accesso ai benefici del trattato, risulta indubbiamente utile a favorire il raggiungimento di una amichevole composizione del conflitto di residenza.

Il ricorso alle procedure amichevoli è altresì previsto anche dalla convenzione con la Corea del Sud¹²¹ nella ipotesi in cui sussistano dubbi in merito all'applicazione del criterio della sede effettiva. In questo caso la previsione della possibilità di accedere alla procedura amichevole sembra pleonastica, in quanto il trattato prevede già (all'art. 25) la possibilità di ricorrere alla procedura amichevole in tutti i casi in cui “una persona ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per lui un'imposizione non conforme alla presente Convenzione”.

Una formulazione analoga è presente nella convenzione con le Filippine ¹²² la quale espressamente prevede il ricorso all'accordo tra gli Stati, nell'ipotesi in cui il criterio della sede di direzione effettiva non conduca alla soluzione del conflitto di residenza.

¹²⁰ Convenzione conclusa a Tallinn il 20 marzo 1997. Ratificata con Legge 19 ottobre 1999, n. 427 ed entrata in vigore il 22 febbraio 2000. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: “Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo con particolare riguardo alla sede (di) sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata e ad ogni altro elemento pertinente per determinare le modalità di applicazione della Convenzione a tale persona. In mancanza di tale accordo, detta persona non è considerata residente di alcuno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione degli articoli da 6 a 22 incluso e dell'articolo 24.”.

¹²¹ Convenzione conclusa a Seul il 10 gennaio 1989. Ratificata con Legge 10 febbraio 1992, n. 199 e entrata in vigore il 14 luglio 1992. Cfr. articolo 4, paragrafo 3: “Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. In caso di dubbio, le Autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno la questione di comune accordo.”.

¹²² Convenzione conclusa a Roma il 5 dicembre 1980. Ratificata con Legge 28 agosto 1989, n. 312 ed entrata in vigore il 15 giugno 1990. Cfr. articolo 4, paragrafo 3: “Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. Se la sede della direzione effettiva non può essere determinata, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di comune accordo.”.

Il trattato con l'Irlanda ¹²³, invero piuttosto datata, non prevede alcuna *tie-breaker rule*, di guisa che il conflitto di residenza, in assenza di una spontanea composizione tra gli Stati non sarà eliminabile.

Particolarmente originale è, invece, la convenzione con la Turchia ¹²⁴ che, pur adottando il criterio della sede di direzione effettiva, contempla la possibilità che quest'ultima non coincida con una non meglio precisata "sede centrale". In tal caso gli Stati contraenti dovranno accordarsi su quale delle due sedi determini la residenza ai fini convenzionali della società. A tal proposito, si rimanda alle osservazioni formulate nel merito della convenzione sottoscritta con la Cina.

Passiamo ora ad analizzare la relazione che sussiste tra il concetto di "*Place of effective management*" ed i criteri di residenza previsti dall'art. 73 TUIR.

Una volta esaminate le caratteristiche del "*place of effective management*", si tratta di verificare il suo rapporto con i criteri previsti dall'ordinamento italiano ai fini dell'individuazione della residenza delle società.

Nel merito, si prescinde, ad evidenza, dal criterio della sede legale che ha carattere prettamente formale ed è quindi palesemente estraneo a qualunque caratteristica di gestione effettiva della società. Pertanto, risulta necessario analizzare se e in che misura i criteri della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale possano avvicinarsi al criterio del "*place of effective management*".

In dottrina c'è chi ha affermato che il "*place of effective management*" deve considerarsi scisso nei due criteri della sede amministrativa e dell'oggetto

¹²³ Convenzione conclusa a Dublino 11 giugno 1971. Ratificata con Legge 9 ottobre 1974, n. 583 ed entrata in vigore il 14 febbraio 1975.

¹²⁴ Conclusa ad Ankara 27 luglio 1990. Ratificata con Legge 7 giugno 1993, n. 195 ed entrata in vigore il primo dicembre 1993. Si veda l'articolo 4, paragrafo 3: "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, si ritiene che essa è residente dello Stato contraente in cui si trova la sede della sua direzione effettiva. Tuttavia, quando detta persona ha la sede della sua direzione effettiva in uno Stato e la sua sede centrale nell'altro Stato, le autorità competenti degli Stati contraenti si consultano per determinare di comune accordo se la sede centrale di detta persona possa essere considerata o meno come la vera sede di direzione effettiva."

principale¹²⁵.

È possibile dissentire da quest'ultimo punto di vista. Il “*place of effective management*” è un criterio di natura fattuale (come la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale) che tuttavia non ha nulla a che fare né con l'oggetto della società né con il luogo dove viene abitualmente esercitata l'attività d'impresa (che tendenzialmente coincide con il luogo dove si trova l'oggetto principale).

Il “*place of effective management*” inerisce al luogo dove vengono assunte le decisioni più importanti nella gestione della società (si badi, non dell'impresa) intesa nel suo insieme; tale attività decisoria può facilmente avvenire anche in un luogo diverso da quello in cui si trova l'oggetto principale della società. Basti pensare al caso di scuola della società residente all'estero che possiede un immobile sito in Italia; si è visto in precedenza come l'amministrazione (erroneamente) ritenga che in tal caso l'oggetto principale sia ubicato in Italia.

Ebbene, con riferimento a tale fattispecie limite, si supponga che l'attività di gestione della società (consistente nella locazione dei vari appartamenti facenti parte dell'immobile nonché nell'assunzione di decisioni in merito alla locazione, cessione o acquisto di unità immobiliari) sia svolta integralmente all'estero.

Sarebbe, in tal caso, molto difficile sostenere che il “*place of effective management*” si trovi in Italia. Tale conclusione dovrebbe essere supportata sia dai criteri elaborati dall'OCSE, sia dalla nozione “autonoma” di “*place of effective management*” che si è cercato in precedenza di enucleare a partire dalla giurisprudenza di common law e dalle legislazioni di civil law (tra cui rientra l'Italia con il suo criterio della sede dell'amministrazione).

Al limite si potrà affermare che la società immobiliare ha in Italia una stabile organizzazione se l'attività di gestione e locazione degli immobili viene svolta in Italia da soggetti alle dipendenze della società estera.

L'Italia, tuttavia, non sembra orientata a rinunciare a far valere, anche in sede

¹²⁵ Si veda A. MANZITTI, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in Rivista di Diritto tributario, op. cit., p. 179.

convenzionale, la sussistenza dell'oggetto principale in Italia, come criterio rilevante ai fini della determinazione del luogo dove si trova il “*place of effective management*”.

Come ricordato, infatti, l'Italia ha presentato un'osservazione rispetto ai nuovi paragrafi 24 e 24.1 del Commentario all'art. 4, affermando di non condividere la tesi fatta propria dall'OCSE secondo cui, tendenzialmente, il “*place of effective management*” coincide con il luogo dove sono assunte le decisioni fondamentali per la società (quello che secondo i criteri italiani sarebbe la “sede dell'amministrazione”), in quanto esso potrebbe anche ravvisarsi nel luogo in cui la società svolge la sua attività principale¹²⁶.

Come noto e già osservato, le “osservazioni” presentate dagli Stati OCSE al Commentario sono funzionali ad esprimere una divergenza di interpretazione di un determinato Stato rispetto all'interpretazione sostenuta dal Commentario, ferma restando la piena adesione al contenuto del Modello.

In questo senso l'osservazione avanzata dall'Italia in merito al concetto di *place of effective management* appare del tutto ingiustificata, non coerente con la propria normativa interna ed altresì atta a rendere del tutto inefficace (e per ciò stesso, inutile) la *tie breaker rule*.

Con riferimento alla non giustificazione di tale “osservazione”, corre obbligo ricordare come non sia vero che l'OCSE affermi che l'unico criterio per identificare il “*place of effective management*” si ricolleggi alle “*most senior person or group of persons (for example, a board of directors)*”.

Ciò che il Commentario afferma, infatti, è che il “*place of effective management*” deve essere ravvisato nel luogo “*where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made*” e che “*all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management*”.

¹²⁶ “As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the *place of effective management* of a person other than an individual.”

In questo senso l'osservazione dell'Italia, più che esternare una deviazione rispetto all'interpretazione affermata dal Commentario, tende a costituire una riserva circa l'utilizzo del "*place of effective management*" come *tie-braker rule*.

Come abbiamo già avuto modo di osservare in precedenza, infatti, il "*place of effective management*" trova le sue origini nel concetto di *central management and control* dei paesi di common law.

Il criterio dell'oggetto principale – che costituisce una peculiarità del sistema italiano – non ha alcuna affinità con il criterio del "*place of effective management*" e, a prescindere da qualsivoglia osservazione presentata dall'Italia, non potrà mai essere considerato dar luogo ad un "*place of effective management*".

Ne consegue che in un ipotetico conflitto di residenza tra l'Italia, Stato in cui si trova l'oggetto principale di una determinata società (ad esempio un immobile che ne costituisce l'unico asset), e lo Stato in cui tale società è amministrata, il criterio del *place of effective management* non potrebbe che essere interpretato a favore di quest'ultimo Stato.

Un'interpretazione diversa da parte dell'Italia non potrebbe essere considerata una interpretazione in buona fede del trattato secondo i principi dell'art. 31(1) della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

A conferma dell'estraneità del criterio dell'oggetto principale rispetto al *place of effective management* si ricorda che nel Discussion Draft del 27 marzo 2003 è stato proposto di modificare il Modello stabilendo che, in caso di impossibilità di ravvisare il *place of effective management*, si faccia riferimento ad altri criteri, tra cui lo Stato in cui la società ha le sue relazioni economiche più strette ("*with which its economic relations are closer*") o in cui l'attività di impresa prevalentemente si svolge ("*in which its business activities are primarily carried on*").

Entrambi questi criteri sono stati proposti in alternativa rispetto al "*place of*

effective management” presentano delle rilevanti somiglianze con il criterio dell’oggetto principale .

4.2) Soluzioni a casi specifici.

Passiamo ora allo studio di due fattispecie che caratterizzano la recente riforma tributaria: il regime della trasparenza fiscale delle società di capitali ed il consolidato fiscale.

Analizzando la residenza ai fini convenzionali delle società di capitali che hanno optato per il regime della trasparenza fiscale¹²⁷, si nota subito come le società di persone residenti in Italia non possono beneficiare dei trattati conclusi dall’Italia. Ciò in quanto per effetto dell’art. 5 TUIR i loro redditi “sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili.”. Conseguentemente, non essendo assoggettate ad imposta (nel senso di “*liable to tax*”) esse non possono godere dei benefici del trattato ai sensi dell’art. 1 del Modello OCSE.

In questo caso, dunque, alla residenza fiscale ai fini domestici non corrisponde la residenza ai fini convenzionali.

Al contrario, le società di persone non residenti sono sempre e comunque considerate dalla norma interna alla stregua di autonomi soggetti di imposta. L’art. 73, comma 1, lett. d) TUIR, infatti, include tra i soggetti IRES le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Tale differenza di trattamento, a favore dell’imputazione diretta dei redditi alla società non residente invece che per trasparenza ai suoi soci, peraltro, si spiega chiaramente con l’esigenza di facilitare l’attività di accertamento e di riscossione

¹²⁷ Per la Disciplina della Trasparenza Fiscale si faccia riferimento agli Art 115 e Art 116 TUIR DPR 22.12.1986, n.917; si è consultato inoltre F.BATISTONI FERRARA - B. BELLE’, “*L'imposta sul reddito delle imprese commerciali*”, Cedam 2007; L.DEL FEDERICO, *Regime della trasparenza ai sensi dell’art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all’interno dell’Unione europea*, in Il Fisco, 2005, 3897 e ss.; F.DEZZANI, L.DEZZANI, *D.M. 23 aprile 2004: la tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in Il Fisco, 2004, 3151 e ss.; S.DUS, *Opzione per trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in Il Fisco, 2004, 4824 e ss.

del tributo.

Nondimeno, essa non ha alcun impatto sulla applicazione dei trattati a tali soggetti atteso che ciò che rileva è la loro qualificazione in base alla legge interna del loro Stato di residenza (interna).

Il trattamento delle società di persone (“*partnerships*”) ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni è espressamente stabilito dal Commentario. La definizione di “*partnership*” è contenuta nel cosiddetto Partnership Report dell’OCSE¹²⁸ le cui conclusioni sono state successivamente incorporate nel Commentario¹²⁹.

Secondo il Partnership Report, per “*partnership*” si intendono quelle “*entities that qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term "partnership", as used in this report, does not imply anything about the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes.*”¹³⁰

In sostanza si tratta di quei soggetti che dal punto di vista civilistico sono qualificati come *partnership*, a prescindere dal loro trattamento fiscale.

Qualora la *partnership* sia considerata fiscalmente trasparente ai fini fiscali nel Paese in cui è organizzata (come accade nel caso delle società di persone italiane), essa non potrà essere considerata residente ai fini dell’applicazione delle convenzioni con lo Stato della fonte del reddito non potendo qualificarsi come “*liable to tax*” ai sensi dell’art. 4 del Modello OCSE. Ciò non significa, tuttavia, che i redditi da essa conseguiti non possano beneficiare di alcuna protezione convenzionale.

Invero, se lo Stato di residenza dei soci attribuisce a questi ultimi a fini fiscali il reddito della società di persone, essi potranno beneficiare della convenzione per

¹²⁸ OECD, The application of the OECD model tax convention to partnerships, 1999.

¹²⁹ Si veda il paragrafo 2 del Commentario all’art. 1 del Modello OCSE

¹³⁰ Paragrafo 2 del Partnership Report.

evitare le doppie imposizioni conclusa tra lo Stato della fonte del reddito ed il loro Stato di residenza, sia esso lo stesso Stato di costituzione della *partnership* o uno Stato diverso.

Il reddito percepito si considererà (ai fini fiscali) pagato direttamente ai soci ed avrà la stessa natura reddituale che avrebbe avuto in capo alla società di persone.

Una volta stabilito quanto sopra, si tratta ora di verificare se le conclusioni cui si è giunti in merito alle società di persone, siano applicabili *mutatis mutandis* anche alle persone giuridiche che hanno optato per il regime di tassazione per trasparenza ai sensi degli artt. 115 e 116 del TUIR¹³¹.

Infatti, ai sensi dell'art. 115 TUIR una società di capitali italiana partecipata esclusivamente da società italiane o da società non residenti la cui distribuzione di dividendi a loro favore non sia assoggettata a ritenuta alla fonte (in pratica le società che beneficiano della Direttiva cd Madre-Figlia e le società con una stabile organizzazione in Italia a cui siano state attribuite le partecipazioni) può optare per essere trattata come un soggetto fiscalmente trasparente.

Per effetto dell'esercizio dell'opzione, il reddito imponibile della società trasparente "è imputato a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili".

Un regime analogo è previsto dall'art. 116 TUIR per le società a ristretta base sociale il cui volume di ricavi non superi le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche (in numero non superiore a 10 o a 20 nel caso di società cooperativa).

Per lo stesso ragionamento di cui sopra, anche le società trasparenti di cui agli

¹³¹ Possono optare a questo regime le società di cui all'Art 73, comma 1, lettera a) al cui capitale sociale partecipano esclusivamente soggetti di cui allo stesso articolo 73, comma 1, lettera a) ciascuno con una percentuale del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale e di partecipazione agli utili non inferiore al 10 per cento e non superiore al 50 per cento.

art. 115 e 116 TUIR¹³² non possano beneficiare dei trattati conclusi dal loro Stato di residenza (l'Italia) con lo Stato della fonte dei redditi. Esse, infatti, non possono essere considerate residenti in Italia ai fini della convenzione in quanto non sono “*liable to tax*” ai sensi dell’art. 4 del Modello OCSE.

Si tratta ora di verificare se tali benefici convenzionali possano essere nondimeno invocati dai soci della società trasparente. A questa domanda si ritiene di rispondere in senso positivo, sulla base di un’interpretazione analogica (o forse soltanto estensiva) di quanto affermato dal Partnership Report. In questo senso sembra esprimersi anche citata risoluzione n. 17/E del 27 gennaio 2006 che riguardava proprio il caso di una S.r.l. trasparente.

In particolare, come è già stato rilevato in precedenza, il Partnership Report è destinato a trovare applicazione soltanto nei confronti dei soggetti che siano qualificabili come *partnership* nell’ambito del diritto civile dello Stato in cui sono state organizzate, a prescindere dal loro trattamento fiscale.

È evidente che nel caso delle società di capitali divenute trasparenti per effetto dell’esercizio dell’opzione questa condizione non è verificata. Di talché, non sembra possibile applicare sic et simpliciter il disposto del Commentario (paragrafo 6.4 del Commentario all’articolo 1) che prevede che i redditi pagati alla *partnership* siano considerati pagati ai soci nella misura in cui, nel loro Stato di residenza, vengano loro attribuiti i redditi della *partnership*.

È, tuttavia, evidente che l’intero Partnership Report – ed in particolare il paragrafo 8.4 del Commentario OCSE all’art. 4 che ne ha recepito i principi – sia ispirato ad un’interpretazione di carattere teleologico, volta a prevenire l’insorgere di problemi di doppia imposizione con riferimento a soggetti fiscalmente trasparenti. Da qui il riconoscimento dell’applicazione dei benefici convenzionali ai soci, ancorché i redditi siano stati, in concreto, pagati alla

¹³² Si fa riferimento per l’Art 115 TUIR, alle società di cui all’Art 73, comma 1, lettera a) al cui capitale sociale partecipano esclusivamente soggetti di cui all’Art 73, comma 1, lettera a) e per l’Art 116 TUIR alle società a responsabilità limitata il cui volume di ricavi non supera le soglie previste per l’applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a 10 o a 20 nel caso di società cooperativa.

partnership. Tale esigenza mi pare sussistere anche con riferimento alle società trasparenti per effetto delle opzioni di cui agli articoli 115 e 116 TUIR.

Del resto, sebbene in un contesto differente da quello oggetto di analisi, un approccio analogo volto a ritenere pagati ad un soggetto redditi in realtà pagati ad altro soggetto (non legittimato ad accedere ai benefici convenzionali) era già stato adottato, a partire dal 1995, con riferimento ai pagamenti effettuati ad un soggetto che non si qualifica come beneficiario effettivo degli stessi ai sensi degli art. 10, 11 e 12 del Modello OCSE.

Stabiliscono, infatti, rispettivamente i paragrafi 12.2 del Commentario all'art. 10, 11 del Commentario all'art. 11¹³³ e 4.2 del Commentario all'art. 12¹³⁴ che i benefici convenzionali spettano quando l'effettivo beneficiario – a prescindere dall'esistenza del soggetto interposto – sia residente dell'altro Stato contraente.

Andiamo ora ad analizzare il secondo caso precedentemente citato che è quello delle società che hanno optato per il consolidato fiscale nazionale¹³⁵.

Anche con riferimento alle società che hanno optato per il regime del consolidato fiscale nazionale, si pone la questione di accertare se l'esercizio dell'opzione faccia perdere il requisito della residenza ai fini delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

La questione non è di scarso rilievo dal momento che se le società consolidate non si qualificassero come “*resident*” ai fini dell'applicazione delle convenzioni concluse dall'Italia, esse non potrebbero beneficiare di tali convenzioni rispetto ai redditi di fonte estera.

Si supponga il caso di una società consolidata che riceve interessi o dividendi da una società estera. Lo Stato della fonte, in assenza di vincoli derivanti dalla

¹³³ Si vedano i paragrafi 12.2 del Commentario all'art. 10 e 11 del Commentario all'art. 11

¹³⁴ Si veda il paragrafo 4.2 del Commentario all'art. 12

¹³⁵ Per il regime del Consolidato Nazionale si faccia riferimento agli Art da 117 a 129 del TUIR DPR n. 917 22.12.1986; si è consultato inoltre F.BATISTONI FERRARA - B. BELLE *L'imposta sul reddito delle imprese commerciali*", Cedam 2007; E.FUSA, *L'istituto della trasparenza ed il confronto con il consolidato fiscale nazionale*, in *Il Fisco*, 2004, 10052 e ss.; CARATOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002; OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, 687 e ss.

convenzione, cioè a dire laddove la stessa non fosse applicabile per carenza del requisito di residenza in capo alla società italiana “consolidata”, potrebbe tassare i dividendi o gli interessi in base alla legge domestica.

Si dovrebbe invocare allora una presunta imputazione per trasparenza alla controllante che, tuttavia, nell’ambito dell’istituto del consolidato, appare di difficile configurazione.

Il dubbio circa la *liability to tax* delle consolidate potrebbe emergere in considerazione del fatto che, per effetto dell’opzione per il consolidato fiscale, viene determinato un “reddito complessivo globale corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l’intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante”.

In pratica, la società consolidata non versa più direttamente le imposte e non presenta più la dichiarazione, se non al fine di “comunicare alla società o ente controllante la determinazione del proprio reddito complessivo, delle ritenute subite, delle detrazioni e dei crediti d'imposta spettanti”.¹³⁶

La consolidante, poi, rettifica la somma algebrica dei redditi complessivi dei soggetti partecipanti apportando le rettifiche di consolidamento. Tra le rettifiche in diminuzione figurano i dividendi distribuiti dalle società controllate, anche se provenienti da utili assoggettati a tassazione in esercizi precedenti a quello di inizio dell'opzione.

Per effetto del consolidato, dunque, può accadere che una società consolidata che abbia prodotto utili non sconti imposte per effetto delle condizioni soggettive della (ad esempio, esistenza di perdite in capo alla) consolidante.

A favore della carenza del requisito dell’assoggettamento ad imposta delle società consolidate milita quindi la circostanza che il loro debito di imposta viene determinato sulla base delle condizioni soggettive (o meglio reddituali)

¹³⁶ Art. 121, comma1, lett. a) TUIR.

della consolidante.

L'opzione per il consolidato ha natura bilaterale, atteso che deve essere esercitata congiuntamente da ciascuna società controllata e dall'ente o società controllante.

Come evidenziato dalla relazione di accompagnamento al decreto che ha introdotto la riforma IRES potranno aversi “tante opzioni a coppia quante sono le società controllate che esercitano la facoltà”, anche se di fatto, in conseguenza dell'esercizio di più opzioni da parte del soggetto controllante, “il reddito complessivo positivo e negativo non è suddiviso in tanti consolidati quante sono le opzioni, ma tutte le società che hanno esercitato l'opzione bilaterale con la controllante adottano con quest'ultima un consolidato unico”.

Se dunque la consolidata ha conseguito un determinato utile (su cui dovrebbe essere assoggettata ad imposta) ma la controllante ha prodotto una perdita superiore all'utile della controllata, nessuna imposta sarà dovuta. In tale circostanza, pertanto, l'assoggettamento ad imposta della consolidata è effettivamente dipendente dal risultato della consolidante o da quello di altra società partecipante al consolidato.

Tale situazione potrebbe, in linea di principio, far sorgere dei dubbi circa l'assoggettamento a imposta della consolidata. Invero, il paragrafo 40 del Partnership Report sottolinea come, al fine di determinare se la *partnership* è *liable to tax*, è necessario verificare se il reddito è determinato in funzione della natura e dello status dei partners: “the real question is whether the amount of tax payable on the partnership income is determined in relation to the personal characteristics of the partners (whether the partners are taxable or not, what other income they have, what are the personal allowances to which they are entitled and what is the tax rate applicable to them). If the answer to that question is yes, then the partnership should not itself be considered to be liable to tax. The fact that the income is computed at the level of the partnership before being allocated to the partners, that the tax is technically paid by the

partnership or that it is assessed on the partnership as described in the preceding paragraph will not change that result.”

Si deduce che questa tesi non sia del tutto accettabile nella situazione de qua.

A differenza di quanto accade per le società di persone, ma analogamente a quanto previsto per le società che hanno optato per la trasparenza fiscale ai sensi degli art. 115 e 116 TUIR, non è possibile optare per il consolidato (a mente dell'art. 126 TUIR) in tutti i casi in cui una società fruisca di una riduzione dell'aliquota dell'imposta sui redditi delle società. Il che vale ad escludere in radice la possibilità che i redditi della consolidata, andandosi a sommare a quelli della consolidante (e delle altre consolidate) possano essere attribuite ad un regime fiscale diverso (in termini di aliquota), circostanza invece del tutto plausibile con riferimento alle partnership (rectius, società di persone) e delle società trasparenti (limitatamente a quelle che lo sono ai sensi dell'art. 116 TUIR).

Inoltre la circostanza che l'art. 127 TUIR dichiara ciascuna consolidata responsabile solidalmente con l'ente o società controllante (i) per la maggiore imposta accertata e per gli interessi relativi riferiti al reddito complessivo globale risultante dalla dichiarazione del consolidato, in conseguenza della rettifica operata sul proprio reddito imponibile, (ii) per le somme che risultano dovute, con riferimento alla medesima dichiarazione, a seguito dell'attività di controllo prevista dall'articolo 36-ter e dell'attività di liquidazione di cui all'articolo 36-bis del D.P.R. 600/73, in conseguenza della rettifica operata sulla propria dichiarazione dei redditi e (iii) per le sanzioni, può a parere di chi scrive sostenere la tesi dell'assoggettamento ad imposta delle società consolidate.

Infatti, è possibile affermare, che il regime del consolidato, non possa essere qualificato come una modalità attraverso la quale i redditi delle consolidate vengono attribuiti alla consolidante bensì esso rappresenta una forma più favorevole di liquidazione delle imposte di società legate da rapporti di

gruppo.¹³⁷

¹³⁷ Si vedano G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*. Parte speciale, Padova, 1999, p. 380 e ss.; M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Girur. Imp.*, 2004, p.841.

CAPITOLO V:

Conclusioni.

Nei Capitoli che precedono si è analizzato il concetto di residenza delle società dotate di personalità giuridica.

Sono stati analizzati i tre criteri che, nel sistema italiano delle imposte sui redditi, integrano tale concetto: sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto principale.

Si è quindi analizzata la nozione di residenza in ambito convenzionale del Modello OCSE, osservando che tale concetto (che costituisce uno dei presupposti per l'accesso ai benefici convenzionali) si fonda essenzialmente sul requisito dell'assoggettamento ad imposizione.

Si è rilevato, inoltre, che l'assoggettamento ad imposta deve essere determinato sulla base di criteri previsti dalla legge interna dello Stato di residenza (quali, appunto, la residenza, il domicilio o la sede dell'amministrazione) ma soltanto se e nei limiti in cui tali criteri non consentano di considerare "residenti" anche soggetti che non presentano un vero collegamento con il territorio.

Tale interpretazione è stata ritenuta corretta anche in considerazione del fatto che l'art. 4, paragrafo 1, del Modello OCSE fa riferimento anche a "*any other criterion of a similar nature*", ossia qualsiasi altro criterio previsto dalla legge degli Stati contraenti che presenti le medesime caratteristiche dei tre criteri richiamati dal citato art. 4, paragrafo 1 del Modello OCSE. Una tale locuzione ha, ad evidenza, senso nella misura al contenuto dei tre criteri possa essere data un'interpretazione coerente ed indicativa di un determinato risultato in termini di assoggettamento ad imposizione.

L'analisi del concetto di liability to tax ha condotto ad esaminare, anche alla luce della giurisprudenza e della prassi di importanti Stati, l'applicabilità delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni nei confronti di soggetti esenti da imposta per effetto di particolari regimi agevolativi che rispondono ad un

interesse meritevole di tutela e nei confronti di soggetti che beneficino di regimi fiscali di favore (società off-shore). La conclusione alla quale si è giunti è che, in assenza, di specifiche pattuizioni all'interno delle singole convenzioni, l'accesso ai trattati di questi soggetti può essere facilmente oggetto di incertezze e contestazioni, soprattutto per quelle società che non sono soggette ad imposizione sui redditi di fonte estera. Minori perplessità sussistono, invece, per quei soggetti che sono esenti da imposta solo al verificarsi e nel rispetto di determinate condizioni; per tali soggetti, infatti, il riconoscimento della "residenza" ai fini convenzionali è molto meno incerta.

In quest'ottica è stata valutata anche la sussistenza della residenza ai fini convenzionali (nel senso della loro *liability to tax*) delle società che hanno aderito a due regimi caratterizzanti della recente riforma tributaria: il regime della trasparenza fiscale delle società di capitali ed il consolidato fiscale.

Con riferimento alle società di capitali che hanno optato per il regime della trasparenza fiscale, si è concluso che non sussiste il requisito della *liability to tax*, ma che, in analogia con quanto accade con le società di persone, si possa applicare direttamente la convenzione tra lo Stato della fonte e lo Stato di residenza dei soci. Laddove quest'ultimo non sia l'Italia, la convenzione tra lo Stato della fonte e tale Stato sarà applicabile sul presupposto che esso imputi ai soci, propri residenti, il reddito della società trasparente italiana (ossia che la società trasparente italiana sia, a sua volta, vista come trasparente nello Stato di residenza dei soci).

Per quanto concerne, invece, le società che hanno optato per il consolidato fiscale, si è concluso nel senso della sussistenza del requisito della *liability to tax*. Ciò in quanto si è ritenuto che il regime del consolidato fiscale, più che qualificarsi alla stregua di una modalità attraverso la quale i redditi conseguiti dalle società consolidate sono imputati alla società consolidante, rappresenti una modalità agevolata di liquidazione delle imposte di società legate da rapporti di gruppo.

Si è altresì passati all'esame del concetto di *place of effective management* ("sede di direzione effettiva") che, anche nella maggior parte delle convenzioni stipulate dall'Italia, rappresenta il criterio dirimente dei conflitti di residenza delle società.

Si è messo in luce come il *place of effective management* abbia una chiara derivazione dal concetto di central management and control dei paesi di common law e presenti delle similitudini con i concetti di sede tipici dell'amministrazione degli ordinamenti di civil law che si sono evoluti soprattutto in chiave antielusiva, ossia per impedire che le società abusassero del criterio dell'incorporazione costituendosi in uno Stato diverso da quello in cui effettivamente operavano.

Si è tuttavia cercato di porre in evidenza come il concetto di *place of effective management* abbia nel corso dei decenni assunto un significato autonomo rispetto a quello di central management and control; ciò è accaduto nonostante il fatto che i lavori preparatori del Modello (OCEE prima, divenuto in seguito) OCSE dimostrino come i redattori abbiano voluto attribuire alla locuzione *place of effective management* lo stesso significato della locuzione central management and control e come il cambio di testo sia stato dettato esclusivamente da esigenze di coerenza semantica con un'altra locuzione di analogo significato, sebbene di differente oggetto, presente nel testo del modello di convenzione (trattasi della locuzione *place of effective management* di cui all'articolo che si riferisce all'impresa di trasporto e non alla società a cui tale impresa fa giuridicamente capo).

Si è altresì accertato che il criterio del *place of effective management* deve essere necessariamente interpretato in modo autonomo. In effetti, poiché tale concetto serve come *tie-breaker rule* per dirimere un conflitto tra gli Stati contraenti, è ovvio ed indispensabile ai fini del corretto funzionamento della convenzione che l'interpretazione di tale criterio non sia rimessa ai singoli Stati.

L'unicità del criterio del *place of effective management* rispetto alla numerosità

delle *tie-breaker rules* previste dal Modello OCSE con riferimento agli individui non deve, tuttavia, lasciare intendere che la risoluzione dei conflitti di residenza delle società sia più facile di quella degli individui. Tutt'altro: le società e gli enti non hanno una presenza fisica ed un'esistenza indipendente (dal punto di vista materiale, non legale) rispetto ai suoi soci, il che, ad evidenza, rende assai complessa l'identificazione di criteri di connessione con il territorio.

Inoltre, il numero crescente di società holding localizzate in paesi a fiscalità ridotta, non necessariamente paradisi fiscali, ed amministrate da soggetti ivi residenti, spesso professionisti locali incaricati della gestione ordinaria della società, rende ancor più complesso il tema dell'individuazione del *place of effective management* e impone di considerare, ai fini della residenza fiscale, il luogo dove le decisioni vengono assunte, senza fermarsi al luogo in cui vengono formalizzate.

L'ordinamento italiano ha reagito a forme di abuso imperniate sulla residenza estera (fittizia) di società controllate da soggetti fiscalmente residenti in Italia e a loro volta controllanti di società residenti in Italia ovvero di società estera laddove la maggior parte dei membri consiglio di amministrazione (o di analogo organo amministrativo) sia composta da soggetti residenti in Italia. Il nostro ordinamento ha pertanto previsto che le società estere si considerano residenti in Italia, fatta salva la facoltà da parte di queste ultime di provare la loro effettiva residenza estera.

L'abuso di estero residenza e la reazione del nostro ordinamento, testimonia una certa inadeguatezza di un criterio di determinazione della residenza della società che fa leva soltanto sul ruolo – spesso “formale” – del consiglio di amministrazione e non anche, ad esempio, degli azionisti.

In considerazione di ciò, ma anche dell'evoluzione tecnologica che ha reso più facile il superamento della compresenza degli amministratori di una società nello stesso luogo, si è giunti alla conclusione che talvolta non soltanto il *place of effective management* non possa essere individuato, ma possa anche essere

ravvisato in uno Stato che non è uno degli Stati contraenti.

Tale fenomeno è reso ancora più evidente dalle attuali tecniche gestionali dei gruppi di società che, sebbene costituiti da società formalmente e giuridicamente distinte ed indipendenti, in realtà rappresentano tasselli di un puzzle amministrativo, gestionale e di business che trascende e prescinde le singole entità giuridiche; la conseguenza di tale impostazione, unita alla rivoluzione delle forme di comunicazione che consentono a persone di “riunirsi” in stanze virtuali, prescindendo dalla dimensione spaziale, ha messo in crisi il “vecchio” sistema imperniato sul luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche relative alla gestione della società nel suo insieme.

A questa situazione di impasse l’OCSE ha cercato di rispondere con due studi che però non sono riusciti a divenire definitivi in quanto ostacolati dalle diverse impostazioni degli Stati membri.

Ecco allora che l’assenza di un’alternativa al criterio del *place of effective management* può effettivamente condurre a non riuscire a stabilire quale sia lo Stato di residenza ai fini dell’applicazione di una determinata Convenzione.

In tale ottica, si è valutata anche la possibilità di dare rilievo al luogo dove si trovano e svolgano le loro funzioni i soggetti a cui siano state delegate una parte significativa delle funzioni del consiglio di amministrazione, recuperando così l’originale valenza del criterio della sede dell’amministrazione, inteso come luogo da cui promanano le decisioni fondamentali per la vita dell’impresa.

L’esame della giurisprudenza e della prassi riportata dimostra che il criterio del *place of effective management* deve tenere conto delle circostanze di fatto. Pertanto, qualora il consiglio di amministrazione di fatto non rappresenti l’organo da cui promanano le decisioni essenziali per la vita della società, la residenza non dovrà essere ancorata al luogo dove si riuniscono gli amministratori.

A parere di chi scrive, a parte pochi casi in cui lo svuotamento dei poteri dell’organo amministrativo interessi una società realmente operativa, nella

maggior parte dei casi il rischio riguarda società che sono prive di una significativa struttura (da declinarsi in termini di persone, locali ed attrezzature), che non svolgono molte funzioni e che spesso fanno parte di gruppi di società in cui le decisioni strategiche sono assunte a livello centrale di capogruppo estera.

Si tratterà, dunque, di società holding o di società che svolgono attività finanziarie ovvero ancora di società titolari di beni immateriali attribuiti in licenza a terzi.

In questi casi, effettivamente, le funzioni di gestione della società si dividono nettamente in un'attività di gestione ordinaria – peraltro spesso non molto complessa in ragione del numero ridotto di operazioni poste in essere dalla società (incassi di dividendi, interessi o royalties) – e in un'attività assai più significativa di assunzione di decisioni strategiche (quali società finanziare, quanti dividendi far distribuire alle partecipate, ecc.).

Le attività del primo tipo sono in genere svolte da soggetti effettivamente localizzati nello Stato di ubicazione della società; le seconde, invece, sono spesso poste in essere altrove, dove si formano e maturano le decisioni strategiche di gruppo (anche se poi le stesse vengono formalizzate dagli organi amministrativi delle diverse società del gruppo). Questa divaricazione tra realtà ed apparenza è all'origine di tutte le difficoltà e le teorie interpretative, sviluppatesi anche in sede OCSE, intorno al concetto di *place of effective management*.

I problemi di doppia residenza sono stati analizzati anche in relazione ai c.d. casi triangolari in cui la società dotata di doppia residenza rispettivamente percepisce o eroga un reddito.

Sono state analizzate le diverse soluzioni in passato elaborate dalla dottrina, dalla prassi e dalla giurisprudenza degli Stati che hanno affrontato l'operatività delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni alle situazioni triangolari.

Si è messo in luce come in diversi ordinamenti si sia cercato – in un'ottica di

contrasto a fenomeni di *treaty shopping* – di negare l'applicazione della convenzione conclusa tra lo Stato “perdente” (ai sensi della convenzione tra i due stati di residenza della società) e gli Stati terzi.

Le soluzioni elaborate sono state piuttosto variegata, ma tutte si caratterizzano per avere l'effetto di negare ad una società con doppia residenza di beneficiare del più favorevole (e a volte unico) trattato concluso tra lo Stato della fonte e lo Stato “perdente” nel conflitto di residenza.

Una delle soluzioni più ricorrenti (e fatta propria sia dall'amministrazione finanziaria olandese che da quella statunitense) fa leva sull'assenza del requisito della residenza in uno degli Stati contraenti ai fini dell'applicazione della convenzione tra lo Stato “perdente” nel conflitto di residenza ed uno Stato terzo. E ciò in quanto lo Stato “perdente” non può effettivamente assoggettare a tassazione il reddito mondiale della società.

Tale interpretazione è stata quella in ultimo adottata in sede OCSE con le modifiche al Commentario del 2008. Siffatta interpretazione “innovativa” riguarda un testo esistente come tale da ventun anni ed inserito nel Modello OCSE per finalità del tutto diverse da quelle alle quale esso è stato asservito. Chi scrive è fortemente perplesso circa la nuova interpretazione proposta dall'OCSE ed attualmente inserita nel Commentario ed ha illustrato un'ampia serie di argomentazioni a supporto di tale critica, anche alla luce di critiche avanzate da autorevole dottrina.

Per quanto riguarda i rapporti tra i criteri previsti dalla legislazione tributaria italiana ed il criterio del *place of effective management* adottato dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, si è giunti alla conclusione che, mentre sussiste una forte omogeneità tra la sede dell'amministrazione ed il *place of effective management* (tradotto in lingua italiana nella locuzione “sede di direzione effettiva” mutuandola dal francese – seconda lingua ufficiale OCSE - “*siège de direction effective*”), gli altri due criteri (della sede legale e dell'oggetto principale) rispondono ad una logica completamente diversa.

Invero, mentre il criterio della sede legale ha natura prettamente formale e prescinde dall'esistenza stessa sul territorio di una qualunque forma di gestione, il criterio dell'oggetto principale – pur implicando una qualche forma di attività di gestione – non ha alcuna affinità con il criterio del *place of effective management* e non potrà mai essere considerato dar luogo ad un *place of effective management*.

BIBLIOGRAFIA

ANTONINI M., *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal D.L. 4 Luglio 2006, n. 223*, De Jure, 2006, IV, 185.

AVERY JONES J.F. – C. BOBBETT, *Triangular treaty problems: a summary of the discussion in the Seminar E at the IFA Congress in London*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999

BAGGIO, ROBERTO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009.

BARIATTI S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986.

BATISTONI FERRARA F. - B. BELLE', *"L'imposta sul reddito delle imprese commerciali"*, Cedam 2007

BURGSTALLER E. E K. HASLINGER, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospects*, in *Intertax*, Volume 32, 2004

CARATOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Milano, 2002;

COLOMBO G.E., G.B. Portale, *Trattato delle società per azioni*, 1, Torino, 2004, 222s.

COUZIN R., *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, 2002.

COUZIN R., op. cit., p. 135. *Sul ruolo della Convenzione di Vienna nell'interpretazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.*

DAMEN S., *Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2001

DEL FEDERICO L., *Regime della trasparenza ai sensi dell'art. 116 del Tuir e possesso di partecipazioni in società con sede all'interno dell'Unione europea*, in *Il Fisco*, 2005

DEZZANI F., L. Dezzani, *D.M. 23 aprile 2004: la tassazione per trasparenza delle società di capitali*, in *Il Fisco*, 2004

DUS S., *Opzione per trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in *Il Fisco*, 2004

ENGELLEN F. in AA.VV., a cura di S. Douma e F. Engelen, op. cit, 51-72 a p. 71.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*. Parte speciale, Padova, 1999

FUSA E., *L'istituto della trasparenza ed il confronto con il consolidato fiscale nazionale*, in *Il Fisco*, 2004

GAFFURI A. M. – S. COVINO, *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006, p. 78.

GRECO R., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 493.

HINNEKENS L., *Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule*, in *Intertax*, 2003

HINTSANEN L. – K. PETTERSSON, *Supreme Administrative Court rules on taxation of dual resident companies – Decision of the Supreme Administrative Court of 17 June 2003*, in *European Taxation*, 2004

LIBIN J., in J. D. B. OLIVER – J. LIBIN – S. VAN WEEGHEL – C. DU TOIT, *Beneficial Ownership*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000

LUPI RAFFAELLO, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

MAISTO G., *Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio*, Giuffrè, Milano, 2004.

- MAISTO G., *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, 1364.
- MANZITTI A., *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, *De Jure*, Giuffrè, 1998, IV, 181.
- MARINO G. in *La residenza nel diritto Tributario*, Padova, 1999.
- MICCINESI M., *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Girur. Imp.*, 2004
- MOSCHETTI F., *Il principio di capacità contributiva; il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in Perrone Berlini(a cura di), *Diritto Tributario e Coste Costituzionale. 50 anni di Coste costituzionale*, Napoli, 2006;
- MOZZARELLI M., *responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007;
- OLIVER J.D.B., *Effective management*, in *British Tax Review*, 2001.
- OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994
- RAAD VAN K., *Dual residence*, in *European Taxation*, 1988.
- RAAD VAN K., *Interpretatie van belastingsferdragen*, in *Maandblad Belasting-Beschouwingen*, 1978.
- RAAD VAN K., *2008 OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary*, in *Bullettin for International Taxation*, May/June 2009.
- RAAD VAN K., *Triangular cases*, in *European Taxation*, 1993
- SACCHETTO, CLAUDIO, *Territorialità (dir. Trib)*, in *Enc. Dir. XLIV. Milano*, 1992;

SCOGNAMIGLIO, GIULIANA, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, Milano, 2003, in Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003.

SMIT P. M., *Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of the Supreme Court of 28 February 2001*, in *European Taxation*, 2002

STELLA M. RICHTER JR., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*.

STEVANATO D., Holding di partecipazioni e presunzioni di residenza, in *Corr. Trib.*, 2008, 72.

THIONE M., *L'esterovestizione societaria: disciplina sostanziale e profili operativi*, *Il Fisco* n. 4 25/01/2010.

VALENTE P., *Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi-test*, *Il Fisco* n. 22 del 2/06/2008.

VALENTE P., *Esterovestizione e eterodirazione: equilibri(smi) tra sede di direzione e coordinamento, direzione unitaria e sede di direzione effettiva*, *Riv. Dir. Trib.* 2010.

VAN GENNEP C. J.A.M., *Dual resident companies: the second sentence of art. 4(1) of the OECD Model Convention of 1977*, in *European Taxation*, 1991

VITTA, EDOARDO, *Personalità e territorialità della legge (diritto internazionale privato)* in *Nov. mo dig. It.*, XII, Torino, 1965.

K. VOGEL, *The influence of the OECD Commentaries on treaty interpretation*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000.

KLAUS VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, Londra, 1997.

D.A Ward, *The interpretation of income tax treaties with particular referenced to the commentaries on the OECD Model*, Kingston (Ontario), IFA

2005.